

LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF DES TRAVAUX PUBLICS

d'après la Législation et la Jurisprudence Roumaines

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 15 Mars 1934, à 14 heures

PAR

Émile BOTIS

Docteur ès sciences politiques et économiques
de la Faculté de Droit de l'Université de Cluj (Roumanie),
Avocat du Barreau de Bucarest

MEMBRES DU JURY :

Président : M. Achille MESTRE, Professeur

Suffragants { M. Joseph BARTHÉLEMY } Professeurs
 { M. Georges SCELLE }

LIBRAIRIE DES FACULTÉS

E. MULLER

16, Rue Monsieur-le-Prince. — PARIS (6°)

1934

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF DES TRAVAUX PUBLICS

d'après la Législation et la Jurisprudence Roumaines

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 15 Mars 1934, à 14 heures

PAR

Émile BOTIS

Docteur ès sciences politiques et économiques
de la Faculté de Droit de l'Université de Cluj (Roumanie),
Avocat du Barreau de Bucarest

MEMBRES DU JURY :

Président : M. Achille MESTRE, Professeur

Suffragants { M. Joseph BARTHÉLEMY } Professeurs
 { M. Georges SCELLE }

LIBRAIRIE DES FACULTÉS

E. MULLER

16, Rue Monsieur-le-Prince. — PARIS (6°)

1934

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



A MON PÈRE

A MA MÈRE

A MES FRÈRES

AVANT-PROPOS

A travers l'histoire de tous les peuples et de toutes les époques, les travaux publics se confondent avec l'idée même de civilisation.

La notion de l'utilité publique, issue organiquement de la nécessité de vivre en commun, se développera avec la conception de l'Etat moderne et ses services publics.

L'Etat, gérant des intérêts de la collectivité, doit s'occuper principalement de ces travaux d'utilité publique, car les citoyens y trouveront non seulement une contre-valeur de leur contribution, mais aussi les conditions essentielles de la vie en commun.

Actuellement l'on ne peut concevoir une civilisation où les individus appartenant à une collectivité n'auraient pas conscience de la solidarité sociale, et, où la puissance publique, l'Etat, dépositaire de la volonté des citoyens ne se soucierait pas de l'intérêt de tous.

Les romains, ces grands organisateurs, ont possédé à un très haut degré la notion du bien public, le « *salus rei publicæ* » ; leurs travaux publics témoignent de la grandeur de leur civilisation.

Faire l'éloge des magnifiques travaux publics exécutés par les Romains est devenu inutile (1).

L'essor des travaux publics dû en grande partie aux merveilleuses découvertes de la technique moderne et à la création des grands

(1) Déjà au temps de Théodoric, Cassiodore s'émerveille des monuments, des édifices publics et des aqueducs construits par Trajan, et tous les historiens de l'antiquité montrent la même admiration lorsqu'ils décrivent les ouvrages publics des Romains. V. H. Portalis : *Du régime des travaux publics en droit romain*, p. 2 ; Champagny : *César du 1^{er} siècle*, cité par Portalis, *ibidem* ; v. aussi les belles pages sur Rome, de Michelet ; Montesquieu : *De la grandeur... des Romains*, p. 2 ; l'admiration de Denys d'Halicarnasse décrivant les égouts construits par Tarquin (*Antiquités romaines*, livre III), etc. — Il suffit de visiter dans les pays latins les ruines de ces travaux des romains pour s'associer à cette admiration.

services publics, a posé aux législateurs différents problèmes juridiques d'une grande importance.

Déjà les Romains ont saisi l'antagonisme entre le régime de la propriété quiritaire et les travaux publics ; ils existent de nombreux documents qui prouvent que l'expropriation pour cause d'utilité publique était connue par les Romains et que l'administration romaine a fait une large application de ce droit exorbitant en vue de permettre la réalisation de tant de chefs-d'œuvre (2).

De plus, il paraîtrait que le régime juridique des travaux publics a été nettement spécifié dans le droit romain (3).

Dans le droit français le régime juridique des travaux publics fut dominé au début par les règles trop étroites du droit civil. Ce n'est que peu à peu et grâce à la jurisprudence remarquable du Conseil d'Etat que les travaux publics ont été soustraits au régime du droit commun.

Cette évolution a suscité le plus vif intérêt de la part de la doctrine qui a consacré aux travaux publics de nombreuses études.

Dans le droit roumain, par contre, cette matière a été complètement négligée par les auteurs.

En effet nous ne pouvons pas citer dans notre ouvrage un seul auteur qui se soit occupé du régime juridique des travaux publics (4).

Quelle est l'explication de cette lacune de la doctrine roumaine ?

Selon MM. Crutzesco et Vântu (5) on peut en trouver plusieurs :

(2) V. Edouard Cuq : *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 2^e édit., p. 247, et la note n° 3.

(3) V. sur le régime juridique des travaux publics chez les Romains : Edouard Hurissel : *De l'exécution des travaux publics en droit romain*, thèse, Paris, 1880 ; Henri Pascalis : *Du régime des travaux publics en droit romain*, thèse, Paris, 1881 ; Jouve Elzéar-Elie d'Apt : *Du louage d'ouvrage* (Droit romain), thèse, Aix, 1878 ; Alfred Leger : *Les travaux publics... aux temps des Romains*, Paris, 1875, 2 volumes ; M.-F. Malapert : *Histoire de la législation des travaux publics*, Paris, 1880.

(4) MM. Crutzesco et Vântu, dans leur ouvrage cité p. 416, signalent cette lacune : « ...Toute la matière des travaux publics n'a pas été encore analysée au point de vue de son caractère juridique particulier et des conséquences que les travaux entraînent directement ou indirectement pour la propriété privée. » Signalons cependant les publications de grande valeur dues à M. Jean-H. Vermeulen, chargé de cours à la Faculté de Droit de Bucarest, sur *les services publics et le régime des eaux en Roumanie*, ouvrages qui nous ont fournis de précieuses indications.

(5) *Ibidem*, p. 416.

Tout d'abord, en Roumanie le droit privé constitue aujourd'hui encore la base générale des solutions de conflits de droit, même de ceux qui entrent dans le domaine du droit administratif. Ensuite les instances ordinaires ont une compétence générale en Roumanie et cette compétence n'est pas limitée par celle des tribunaux administratifs. Les conflits de compétence entre les deux juridictions qui ont contribué à la création du droit administratif français n'ont pas existé en Roumanie où le contentieux administratif est réduit aux actes administratifs d'autorité.

D'autre part, feu Take Jonesco, éminent juriste et grand homme d'Etat de la Roumanie n'hésitait pas à déclarer (6) que la matière des travaux publics étant une question purement technique appartient plutôt à la compétence des ingénieurs qu'à celle des juristes.

Si l'on ne peut partager une telle opinion il n'en reste pas moins que le régime juridique des travaux publics, tel qu'on l'entend en France n'existe pas en Roumanie ou du moins qu'il n'est encore qu'à ses débuts.

On pourrait même aller plus loin et dire que non seulement la matière des travaux publics mais en général le droit administratif lui-même ne présente pas le même intérêt en Roumanie qu'en France. Il lui manque cette vitalité, originalité et audace du droit administratif français créé par une jurisprudence affranchie de toute entrave. On peut dire avec M. Hauriou (Notes d'arrêts. Préface) que le droit administratif français est dominé par la conception contentieuse. Ce qui n'est pas le cas pour la Roumanie.

Selon la conception française l'Administration jouit de prérogatives exorbitantes, elle exerce effectivement ces prérogatives de puissance publique. Si les individus se croient lésés dans leurs droits et intérêts par l'activité administrative ils n'ont qu'à se pourvoir au contentieux, devant le Conseil d'Etat, à la fois tribunal administratif et chef hiérarchique de l'Administration.

Par cette conception, le droit administratif français présente un grand intérêt, car il reste à préciser jusqu'à quelle limite la puissance publique peut étendre le droit d'imposer son régime exorbitant du droit public.

(6) V. les débats parlementaires sur l'affaire Hallier. Sénat, Séance du 3 mars 1900.

Le droit administratif français est encore très important par la diversité des problèmes juridiques qu'il pose ; il envahit tous les domaines du droit ; le droit public en général, le droit civil, et même l'économie politique. Ayant le but d'organiser la satisfaction des besoins d'intérêt général, le droit administratif reflète toutes les manifestations de l'activité humaine prise dans son fonctionnement collectif.

L'opinion de M. Gautier que « le droit administratif est une partie du droit assez discrédité parmi les étudiants » (7) aurait pu être juste à l'époque où le droit administratif n'était en France qu'une description de l'organisation administrative et un exposé pédant des textes législatifs « où les règles administratives se présentaient, non pas comme les manifestations d'ordre général autonome, mais comme des restrictions aux diverses libertés individuelles » (8).

Les constructions doctrinales originales et la remarquable jurisprudence fondée sur l'idée de l'équité du Conseil d'Etat ont fini par donner la vie à cette matière dépourvue d'intérêt aux yeux des étudiants.

Il est regrettable que le droit administratif roumain ait ignoré une telle évolution ; nous montrerons en examinant le contentieux des travaux publics en Roumanie, que des règles précises et un régime juridique à part et consacré à cette matière faciliteraient la tâche assez lourde de l'Administration d'assurer et d'organiser la satisfaction des besoins collectifs.

En effet, les travaux publics sont des opérations de longue haleine, de très grande importance pour un pays, et nécessitent de grands sacrifices financiers supportés par les contribuables.

Il est donc d'une utilité primordiale, vu les proportions des travaux et l'importance des sommes engagées que les procès qui interviennent presque toujours entre l'Etat et les différents entrepre-

(7) V. M. Gautier : *Précis des matières administratives... etc.*, t. III, p. 1.

(8) V. Achille Mestre : *L'évolution du droit administratif (Doctrines) de 1869 à 1911*, dans le livre du *Cinquantième de la Société de législation comparée*, Paris, 1923, t. II, p. 19. — Gautier, s'il vivait aujourd'hui, serait bien étonné des changements qui se sont produits depuis : « L'enseignement du droit administratif — dit M. Mestre — dans nos diverses facultés apparaît comme un de ceux où les préoccupations de logique juridique dominent les plus manifestement, où les théories du droit les plus vivantes, les plus profondes, parfois les plus audacieuses, tendent à jouer un rôle prépondérant, un de ceux enfin que les étudiants suivent le plus volontiers. » (*Ouvrage cité*, p. 19).

neurs ou concessionnaires par exemple, soient tranchés par des tribunaux qui garantissent la meilleure justice.

On a beaucoup critiqué en France le système du contentieux administratif français basé plus sur une séparation des fonctions que sur la séparation des pouvoirs, en lui reprochant de faire l'Administration juge de sa propre cause. Ces critiques sont aujourd'hui combattues presque à l'unanimité par la doctrine. De plus la jurisprudence du Conseil d'Etat a donné d'innombrables preuves de son impartialité et de son équité. C'est une juridiction sociale qui oriente sa jurisprudence vers une justice élargie toute pénétrée d'intérêt public (9) sans cependant méconnaître les principes individualistes du droit. C'est « un bon tyran » qui a sous les yeux non seulement le droit mais aussi l'équité. Ainsi le contentieux des travaux publics, confié en France aux Conseils de Préfectures en première instance, et au Conseil d'Etat en appel, présente toutes les garanties d'une justice équitable, ayant la possibilité de concilier les intérêts si opposés de l'Administration et des administrés.

En Roumanie, le contentieux des travaux publics n'a pas reçu une réglementation spéciale. Il est considéré comme judiciaire et administratif en tant qu'un acte administratif d'autorité intervient dans les opérations de travaux publics. De plus les particuliers engagés contractuellement dans les opérations des travaux publics (entrepreneurs, concessionnaires) ont toujours la possibilité de déroger par un compromis, voir même une clause compromissoire à toute règle de compétence.

L'Etat Roumain confie, par exemple, l'exécution d'un ouvrage public à un concessionnaire. Ce dernier aura toujours la possibilité de faire prévoir dans son contrat et dans les cahiers de charges la clause compromissoire, par laquelle il écartera la compétence des tribunaux ordinaires pour instituer un jury d'arbitres qui devra connaître tous les litiges auxquels l'exécution des travaux peut donner lieu. L'Etat se trouvant souvent dans l'impossibilité d'exécuter ces grands travaux sans faire appel aux capitalistes, acceptera cette condition, qui, à partir de 1865 environ, devient en Roumanie une condition-type imposée, surtout, et presque exclusivement, par les compagnies d'entreprises étrangères. Il sera encore prévu que la sentence des arbitres ne sera susceptible d'aucune voie d'appel et de recours. Un litige surviendra, le plus souvent, lors de l'exécution

(9) Hauriou : *Notes d'arrêts*, t. III, p. 591.

des travaux, entre l'Etat et le concessionnaire. Alors, l'une des parties contractantes, le concessionnaire, par exemple, saisira l'autre, l'Etat, en lui faisant connaître l'arbitre qu'elle a choisi. L'Etat de son côté désignera son arbitre. Les opinions de ces arbitres seront presque toujours divergeantes, les deux arbitres nommeront alors un sur-arbitre. Et c'est lui qui tranchera la difficulté, sans appel et sans recours.

Si grande que soit l'autorité et la science de ce troisième arbitre, il peut fort bien se tromper, d'autant plus qu'il ne sera pas toujours un juriste et qu'il devra résoudre des problèmes juridiques souvent très compliqués. Une seule personne, fut-elle appelée Solon, ne saurait pas remplacer la haute compétence d'une Cour de Cassation ou d'un Conseil d'Etat.

Un tel système de contentieux, contraire aussi aux principes du droit public, d'après lesquels la compétence en matière administrative est d'ordre public, et qui interdisent à l'Etat de compromettre, doit être considéré comme hybride et inacceptable.

Avant d'entrer dans l'examen de notre sujet nous avons cru utile de faire un bref aperçu historique des travaux publics en Roumanie et du mouvement législatif qu'ils ont fait naître. Ensuite nous traiterons les nombreux problèmes juridiques qui dominent la matière.

Dans notre exposé, nous nous bornerons autant que possible au droit administratif et civil; sans entrer dans le domaine économique, bien que dans beaucoup de questions et spécialement en cette matière d'économie politique pénètre de jour en jour davantage dans le droit administratif.

Il va sans dire que nous suivrons dans le développement de notre sujet les méthodes du droit comparé. Ainsi nous tâcherons de dégager les grands principes du droit français des travaux publics, élaborés par une évolution d'environ 130 ans du Conseil d'Etat, et par des générations de juristes qui ont forgé de toutes pièces cette branche du droit administratif. Le contentieux des travaux publics est donc une œuvre collective, organique, issue de la vie administrative même. Dans cette matière les constructions théoriques ne sont justes que dans la mesure de leur utilité. Sous ce rapport, le droit administratif est l'étude de l'adaptation des individus à la force coercitive de l'Etat, exercée dans le but de satisfaire la collectivité, dans le cadre de l'utilité publique.

Le droit roumain qui, pour la grande majorité de ses institutions, s'est inspiré de la source française, a abandonné à tort dans cette

matière, les expériences de plus d'un siècle du Conseil d'Etat français, vaste laboratoire du droit administratif.

Or, on ne peut pas nier dans notre époque une communauté des idées juridiques dans les pays de même race et mêmes aspirations. Nier cette influence est méconnaître le rôle de plus en plus important du droit comparé.

Nous espérons que dans une seconde édition nous aurons l'occasion de compléter quelques lacunes inhérentes à cet ouvrage, la documentation sur la partie concernant le droit roumain nous étant particulièrement difficile.

Le but que nous nous proposons serait pleinement atteint si nous pouvions susciter l'intérêt de la doctrine et l'attention du législateur roumain sur cette matière totalement négligée, en signalant quelques défauts du système actuel, dans l'espoir d'y avoir apporté la lumière de la doctrine et la jurisprudence française, qui justement dans cette matière ont créé des théories juridiques très originales et d'une grande valeur sociale.

Le droit administratif français, animé d'une conception contentieuse « est un organisme original et vigoureux qui doit persévérer dans son être, non seulement à cause de son originalité, mais parce que, au point de vue social, il est adapté aux temps qui vont venir. Les démocraties évoluent forcément vers un étatisme administratif, d'autre part, l'autorité administrative, associée à des services rendus tangibles, est la seule qu'elles soient disposées à supporter. Or, cet organisme ne peut persévérer dans son être que s'il conserve la part de puissance publique qu'il contient ; et, s'il la conserve elle continuera à se faire traduire juridiquement en une formule contentieuse » (Hauriou : Notes d'arrêts, Préface).

INTRODUCTION

APÉRÇU HISTORIQUE SUR LES TRAVAUX PUBLICS EN ROUMANIE ET SUR LEUR ÉVOLUTION LÉGISLATIVE

CHAPITRE PREMIER

L'Epoque romaine

En 101 après J.-C., l'Empereur Trajan commence sa première campagne contre les Daes (10), peuple guerroyeur, dont la soumission a été d'autant plus difficile que leur Etat, la Dacie, était abrité par la chaîne des Carpathes et le Danube. Trajan s'est rendu compte que la conquête de la Dacie ne sera pas possible sans un réseau de grandes routes et un pont fixe sur le Danube, car les ponts mobiles construits par les troupes de génie de son armée ne résistaient pas, en hiver, à la force destructive des énormes blocs de glace, de sorte que ses opérations, assez longues, devaient être suspendues pendant le dégel.

Il lui fallait donc de grandes routes. Il en fit construire par ses ingénieurs, sur la rive droite du Danube, dans le défilé des « Portes de fer » (Pont Augusti).

Dans le passage des Cazanes, là où le Danube paraît être écrasé entre les grands massifs des Carpathes, ayant une largeur de 150 mètres, alors qu'ailleurs il est de 1.000-1.500 mètres, Trajan a

(10) V. A.-D. Xenopol : *Istoria Românilor în Dacia Trajana*, vol. I, 1913, pp. 147 et suiv. ; *Histoire des Roumains de la Dacie Trajane, depuis les origines, jusqu'à l'union des Principautés...* avec une préface par Alfred Rambaud, Paris, 1896, t. I^{er}, pp. 47 et suiv.

fait sculpter une table (Tabula Trajana) où il montre qu'il « a ouvert une route en perçant les rochers » (11).

Il a fait encore construire par l'architecte Apollodore de Damas, en 103-104, un magnifique pont sur le Danube, à Turnu-Severin, dont les ruines existent encore. La longueur de ce pont était de 3.570 pieds romains (1.200 mètres) et il était monté sur 20 piliers de pierre (12).

Après la conquête de la Dacie les travaux continuèrent. Les Romains, excellents organisateurs, dès qu'ils annexèrent une nouvelle province à l'Empire, l'aménagèrent de travaux publics.

En Dacie, les premiers soucis des Romains s'étaient portés sur les grands travaux de fortifications, destinés à assurer la défense de leur conquête. Si expérimentés en matière de guerre, les Romains n'ignoraient pas que pour conserver une province conquise, il faut d'abord construire de bonnes routes aboutissant à la capitale de ce pays (13).

Ainsi la Dacie a été couverte d'un riche réseau de voies de communication (14), de forteresses et de retranchements (vallum) dont les restes se retrouvent encore aujourd'hui et qui s'étendaient du fleuve de Mures (Maris) près de la ville d'Arad au sud jusqu'au

(11) IMP. CAESAR DIVI. NERVAE F. NERVA TRAJANUS AUG. GERM. PONT. MAXIMUS TRIB. POT. III. PATER PATRIAE COS. III. MONTIS.... L.... H... AN.... BUS SUP..AT.....E (*Corpus Inscriptionum Latinarum*, III. 1, N° 1699). La partie finale de cette inscription a été reconstruite ainsi : « ...montis ...anfractibus superatis viam patefecit » (v. Arnerth : *Die Trajan's Inschrift in der Nähe des Eisernen Thores*, Wien, 1856, cité par A.-D. Xenopol, *op. cit.*, p. 129).

(12) V. J. Aschbaek : *Über Trajan's steinerne Donaubrücke*, I, p. 11 ; Boleszny Antal : *A Trajan hid.* Tört. és Rég. Értésítő, 1886, III, pp. 147-152, cités par Dr. Gh. Popoviciu : *Ist. Rom. banateni*, 1904, p. 39 ; Vasehidi : *Conquête de la Dacie*, cité par Xenopol, *op. cit.*, p. 151.

(13) Les barbares se servirent des mêmes routes pour envahir la Dacie à l'époque de la décadence romaine. V. Michelet : *Rome*, p. 268 ; W. Ostwald : *Fondement énergétique de la... Civilisation*, Bibliothèque sociologique internationale, 1910, p. 129.

(14) Les chaussées les plus importantes étaient les suivantes : 1. Gradiste (Sarmisegetuza) — Ulpia Trajana-Hateg (Sarmis) — Alba Iulia (Apulum) — Uioara (Salinae) — Reghinul Sasese-Sila ; 2. Alba Iulia-Baia Abrudului (Alburnus Major) ; 3. Alba Iulia-Orhei ; 4. Uioara-Turda (Potaissa) — Cluj (Napoca) — Moingrad (Porolissum) ; Cluj-Dej-Rodna-Bistrita ; 5. Alba Iulia-Sibiu-Turnu Rosu (Pretorium) — Islaz-la rive d'Olt (Aluta) — Celiu (Malva) — Turnu Rosu-Cohalm-Homorod-Orhei ; 6. Alba Iulia-Dobra. La route qui passe par la rive gauche de l'Olt est encore appelée « la route de Trajan » (Calea lui Trajan) par les habitants du pays (v. Xenopol : *Histoire des Roumains*, t. I, p. 50).

Danube et les Carpathes à l'Est ; jusqu'au Nistre (Tyras) en Bessarabie, sur les principaux points stratégiques.

Parmi les autres travaux publics (15) les plus importants dont les traces sont encore visibles en Roumanie, notons d'abord les amphithéâtres qui ont été construits dans les grandes villes de la Dacie, comme Ulpia Trajana, Apulum, Porolissum. Dans cette dernière localité, on a trouvé des inscriptions qui montrent que l'amphithéâtre a été restauré par l'Empereur Antoine le Pieu, sous la direction du Tibère Claude Quintilianus (l'an 158) (16).

Les aqueducs nombreux dans les villes romaines, furent bientôt construits en Dacie. Ainsi l'Empereur Adrien fit construire les aqueducs de Sarmisegetusa sous la direction de son préteur Papirius Aelianus, en 133, comme il nous est prouvé par une inscription (17) trouvée sur les lieux.

Les ruines d'un autre aqueduc sont visibles à Alba-Iulia (Apulum) où il a été découvert une autre inscription qui prouve qu'Ulpianus Proculianus Speculator (inspecteur) Legionis XIII Germaniae Gardianae a élevé une fontaine publique alimentée par cet aqueduc (18).

Dans la civilisation romaine les bains occupent une très grande place, à côté des monuments consacrés au culte, des amphithéâtres, aqueducs, etc. Les bains de Rome pouvant recevoir 2.000-2.400 personnes sont restés célèbres dans l'histoire de la civilisation latine.

De nombreuses inscriptions témoignent de l'existence de bains publics dans les grandes villes de la Dacie.

En dehors de ces établissements de bains publics, les Romains connurent les eaux thermales de Méhadia où de nombreux citoyens guéris ont manifesté leur reconnaissance envers Hercules Salutaris « le génie des lieux » (genius loci), par de nombreuses inscriptions (19) gravées sur pierre. Les bains de Méhadia portent encore aujourd'hui le nom d'Hercules (Baile Herculane) et sont une des stations balnéaires des plus réputées de la Roumanie.

(15) Parmi les travaux publics exécutés par les Romains en Dacie nous n'avons pas mentionné les exploitations des riches mines d'or, et d'autres métaux, ainsi que les salines et les carrières de marbre, qui ne peuvent être considérés comme des travaux publics.

(16) C. I. L. III, 1, n° 836, cité par Xenopol, p. 264.

(17) C. I. L. III, 1, n° 1446, cité par Xenopol, *ibidem*.

(18) C. I. L. III, 1, n° 990, cité par Xenopol, *op. cit.*, p. 264.

(19) C. I. L. III, 1, n° 1064, 1069, 1561, 1566, 1572, etc., cité par Xenopol, *op. cit.* p. 266.

Le culte des Romains réclamait de nombreux temples dont les ruines sont encore visibles, et dont l'existence est établie par des inscriptions découvertes en Dacie.

Des monuments ont été élevés en mémoire de la conquête de cette province. En dehors de la grandiose colonne du Trajan de Rome, on peut encore voir les ruines du monument d'Adam Clissi (Trophaeum Trajani) datant de l'an III (20), et de la colonne élevée par les vétérans de la XIII^e Légion Germina à la gloire de l'Empereur Comode en 151 (21), etc.

Xenopol nous apprend (22) que la grande majorité des travaux publics en Dacie, a été réalisée par des particuliers. De nombreuses inscriptions trouvées sur différents ouvrages publics font mention que leur construction a été assurée par tel ou tel personnage important de l'époque et « de ses deniers propres » (« ex sua pecunia », « de suo », « ex suo »).

On sait que chez les Romains servir l'intérêt public (*salus rei publicæ*) était non seulement un devoir sacré, mais qu'on considérait comme un honneur et une marque de distinction les sacrifices faits dans l'intérêt public. Les patriciens romains gagnèrent non seulement une réputation en faisant construire des travaux publics, mais aussi un juste titre pour pénétrer dans les hautes magistratures. De ce fait c'est bientôt établi une véritable émulation entre les riches citoyens romains qui par leurs sacrifices réalisèrent le bien-être commun. Le fait que parmi les mécènes on trouve les noms de nombreuses familles dacs, prouve l'infiltration de la vie romaine en Dacie, et aussi la prospérité de cette riche province, très justement nommée par les Romains « Dacia Felix » (Xenopol, *op. cit.*, p. 267) (23).

(20) V. Gr. Toeillesco : *Fouilles et recherches archéologiques*, Paris, 1900.

(21) C. I. L. III, 1, n° 1174.

(22) V. *op. cit.*, p. 270.

(23) Sur les travaux publics des Romains en Dacie, v. encore : Ion Ionesco : *Lucrarile publice sub Imparatul Trajan* (Bul. Soc. Pol. 1922, pp. 49 et suiv.) ; Lt.-Col. Mich. Draghicesco : *Noie pentru a servi la istoricul principalelor puncte pe Dunare...*, Galatzi, 1892, pp. 84 et suiv.

CHAPITRE II

L'époque des Principautés roumaines

Les travaux publics construits par les Romains en Dacie furent en grande partie détruits par l'invasion de ces peuplades de différentes races connues sous le nom de « barbares » (goths, gépides, tartares, huns, etc.) Leur passage à travers l'Europe fut marqué par la destruction, le pillage et le meurtre.

Par sa situation géographique, la terre habitée par ce peuple daco-romain, les Roumains, fut sans cesse sujette de la fureur des barbares, avec de rares périodes d'accalmie. Plus tard, à peine consolidés dans leurs premières principautés, les Roumains connurent la plus grande calamité de leur histoire : l'invasion des Turcs. La petite mais vaillante armée roumaine leur oppose une résistance acharnée ; on la retrouve luttant partout dans les rangs des autres nations qui ont combattu la puissance ottomane. Dans ces luttes, les Roumains « versèrent le plus pur de leur sang et payèrent par d'atroces souffrances le dévouement avec lequel ils remplirent le rôle inconscient de défenseurs de la civilisation européenne, que l'histoire leur avait réservé » (Xenopol, *Histoire des Roumains*, I, p. 254). Leur prince, Etienne le Grand, fut considéré comme un « héros du monde chrétien ».

Pendant cette époque les travaux publics dans les principautés roumaines se résument : 1° Dans la création de fortifications ; la construction de châteaux forts, de Cetatea Neamtzu (Kilia, Cetatea Alba, Hotin, Soroça, etc., qui furent sous la domination d'Etienne le Grand, prince de Moldavie (1457-1504), le principal rempart du peuple roumain, contre toute invasion de l'Est ; 2° Dans la construction de nombreuses et splendides églises par les princes (on les appelle encore « églises princiales » : « Biserica domneasca ») en commémoration d'un heureux fait d'armes, ou par simple piété. Avant la fondation des principautés, les Roumains n'avaient que des églises en bois (v. N. Jorga : *Histoire des Roumains et de leur civilisation*, Paris, 1920, p. 134). A cette époque « l'architecture est essentiellement religieuse, c'est d'ailleurs la seule qui nous ait laissé des monuments ; la seule institution civilisatrice dans ces temps de sang et de meurtre c'était l'Eglise » (Xenopol, I, 480) ; 3° La navigation sur le Danube qui commence au xiv^e siècle a nécessité la

création de nombreux ports. Ils furent construits au début par des Génois qui ont conclu avec la principauté de Munténie un traité de commerce en 1387, et qui possédaient des comptoirs dans les villes de Munténie. Les noms de ces ports témoignent encore leur origine : *Giurgiu* : San Giorgio patron de Gênes, *Calafat* : calafattere, calfater les navires (Xenopol, I, 245). Ces ports furent construits d'une manière très primitive sans aménagement aucun de la rivière.

CHAPITRE III

L'époque de la Roumanie contemporaine

Pour plus de facilité nous ferons un exposé analytique des travaux publics de cette époque ainsi que de leur évolution législative. Les travaux publics de la Roumanie à l'heure actuelle sont les suivants :

1. Ponts et Chaussées.
2. Travaux de navigation fluviale et maritime.
3. Postes.
4. Chemins de fer, ponts et tunnels.
5. Conduites de pétrole (pipe-lines).
6. Télégraphe, téléphone.
7. Dessèchement des marais, aménagement des terrains inondables du Danube, déviation des torrents.
8. Bâtiments publics, monuments, églises et leur restauration.
9. Travaux d'urbanisme (alignement des rues, alimentation en eau, canalisations, égouts, ouverture de rues et de places publiques, service public d'éclairage, transports en commun (tramways), etc...
10. Aménagement des chutes d'eau, et de la distribution de l'énergie électrique.
11. Electrification des chemins de fer.
12. T. S. F., radio-diffusion.
13. Travaux de fortification, et travaux exécutés par le génie militaire.
14. Aménagement des terrains dégradés par la guerre mondiale.

I. — PONTS ET CHAUSSÉES (24)

Bien que le chroniqueur Balcesco nous apprenne que le prince Michel le Brave a fait construire un merveilleux pont de pierre à Calugareni en souvenir de sa victoire sur les Turcs (1662) — pont dont les ruines ont complètement disparu — on ne peut trouver que peu de traces de ponts fixes en Roumanie avant l'époque du règlement organique (25).

Avant cette époque, il n'y avait dans le pays que des routes naturelles et le passage sur les rivières se faisait par des bacs et pontons, on ne rencontrait que rarement des ponts fixes construits le plus souvent par de grands propriétaires, quelque fois même par l'effort commun des habitants des villages intéressés.

Les princes durent bientôt intervenir contre les abus (26) des sei-

(24) V. N. Urechia : *Les routes en Roumanie*, Buc. Ed. Socec, 1900 ; l'étude de M. l'ingénieur D. Banesco, inspecteur général des ponts et chaussées, dans *Buletinul Societatii Politehnice*, Buc., an XLV, n° 10, pp. 1194 et suiv. ; Ion Ionesco, professeur à l'Ecole Polytechnique de Bucarest : *Podurile*, *ibidem*, pp. 1233 et suiv. ; Roumanie, Ministère des Travaux publics : *Les routes en Roumanie*, Bucarest, I. V. Socec. impr. 1900, pp. 1-43. Cette brochure officielle publiée en français n'est que la reproduction de l'excellent ouvrage de l'ingénieur N. Urechia, ancien élève de l'Ecole Polytechnique et de l'Ecole des Ponts et Chaussées de Paris, qui fut en 1900 ingénieur attaché au Ministère des Travaux publics. Cet ouvrage, cité ci-dessus, fut traduit en roumain : N. Urechia : *Drumurile noastre*, Buc., éd. Goebel, 1911.

(25) Ainsi Urechia fait mention (*op. cit.*, p. 10, note) de deux ponts en pierre qu'on retrouvait encore en Moldavie et qui datent du temps du prince Etienne le Grand (2^e moitié du x^e siècle). Durant plus de dix siècles les communications dans les deux Principautés roumaines ont été desservies par des chemins primitifs, simples tracés frayés à travers les champs, les forêts et montagnes. Tous les voyageurs qui traversèrent alors les principautés roumaines s'accordent à dénoncer l'état primitif et détestable des routes de ces pays (v. Urechia, *op. cit.*, p. 2). Les grands chemins aussi bien que les routes de moindre trafic, en temps ordinaire, ne faisaient l'objet d'aucun entretien (v. V.-A. Urechia : *Istoria Românilor*, cité par N. Urechia, *ibidem*). Néanmoins, à quelques rares occasions, les princes ordonnèrent la mise en bon état de ces routes primitives, notamment lors du passage de quelque notable voyageur. Ces travaux primitifs de réfection étaient exécutés par les paysans, auxquels les ispravnic (intendants) imposaient la corvée sans aucune règle et d'une manière vexatoire (v. Urechia, *ibidem*, p. 7). Par ailleurs des raisons stratégiques ont déterminé parfois les princes à prendre des mesures contraires en ordonnant la destruction plus ou moins partielle de certains chemins et l'interruption des communications. Ainsi le prince Garagea fit enlever par les ispravnic tous les ponts de Ialomitza afin de s'opposer aux incursions de certains rebelles tures qui infestaient la Munténie (Urechia, *op. cit.*, p. 8).

(26) Ces abus se pratiquaient largement à l'époque féodale. En France ce n'est

gneurs qui percevaient des droits de péage, alors même que les habitants ne se servaient pas de ces ponts et tentaient de traverser la rivière sur la glace ou à la nage.

Les règlements organiques (27) sont les premières lois des principautés roumaines qui organisent les travaux publics. Ils durent s'occuper principalement d'un des grands réseaux de communication de cette époque : les chaussées.

En Moldavie, les art. 139 et 157 du règlement organique disposent que la construction des chaussées relèvera du Ministère de l'Intérieur. Ces travaux publics seront exécutés par le système rudimentaire de la prestation en nature (6 jours de corvées par an, dont 4 jours de travail manuel et 2 jours de charriage). Le règlement organique établit en outre le réseau des grandes routes à construire.

Un décret de l'an 1835 du prince Michel Stourza désigne également les routes qui seront construites. Par la loi du 1^{er} septembre 1843 sous la domination du même prince on a réglementé la garde des routes et leur entretien. Cette loi institue le corps des agents voyers et prévoit la construction des maisons des cantonniers. Au courant de cette année on a construit 100.000 stângeni (ancienne mesure roumaine 1 stângeni : 2,02 mètres) de chaussées et 111 ponts en bois.

Le message princier (ofis) du 21 septembre 1849 créa en Moldavie la Direction des Travaux publics auprès du Ministère de l'Intérieur.

Par le décret n° 773 du 8 mai 1850, on crée une Ecole des Ponts et Chaussées.

La décision (anafora) du Conseil Princier (Obstesc Divan) du 10 mai 1851 établit le quantum de trois journées de travail par an dues par les habitants pour l'exécution des travaux des chemins, et arrête le plan des chaussées à exécuter.

En Munténie (Valachie) le règlement organique contient des dispositions analogues à celles du règlement moldave en ce qui concerne les jours de corvée.

qu'au xvi^e siècle, quand le pouvoir royal est universellement reconnu, que les lettres-patentes et édits sur la voirie interviennent, sur les plaintes qui s'élevaient de toutes parts contre les taxes de péage vexatoires arbitrairement fixées et perçues par les seigneurs (v. Alfred de Cilleuls : *Origines et développement du régime des travaux publics en France*, II^e partie, p. 33).

(27) Premières chartes octroyées des Principautés roumaines : Munténie 1831, Moldavie 1832.

Plus tard, la loi du 22 novembre 1851 abolit la corvée en la remplaçant par les contributions directes qui seront de 3 leis anciens par an pour les propriétaires fonciers, et de 6 leis pour les autres habitants sans exception (art. 1). L'article 2 de la même loi crée la Caisse des routes qui centralise les impôts dans un fond à part consacré aux routes, auquel le gouvernement contribuera par une subvention de 200.000 leis anciens inscrits dans le budget général de l'Etat. L'art. 3 prévoit également la création d'un service des Ponts et Chaussées attaché à la direction centrale des Travaux publics auprès le Ministère de l'Intérieur. Ce service sera dirigé par 5 propriétaires latifundiaires dont l'office sera honoraire et qui auront l'attribution de prévoir tous les travaux nécessaires pour les routes, de contrôler la gestion de la Caisse des routes et les travaux exécutés par cette caisse.

En 1852, le Prince Barbu Stirbey demande au Gouvernement français un Ingénieur des Ponts et Chaussées pour organiser ce service en Munténie. Le Gouvernement français fait un bon accueil à cette demande et envoie en Munténie, l'Ingénieur Léon Lalanne, qui devint plus tard un éminent Inspecteur général au Ministère roumain des Travaux publics (28).

Dès son arrivée en Munténie, Léon Lalanne crée une Ecole Spéciale des Travaux publics et organise le Service des Ponts et Chaussées. Il exécute ensuite avec ses élèves d'importants travaux parmi lesquels la chaussée la plus importante de la Munténie, de Prédeal a Ploesti, et de nombreux ponts.

En 1859, la Munténie possède un réseau de 262 km. de chaussée pavée (Brasov-Bucuresti, Bucuresti-Giurgiu) ayant 111 cantonniers et un budget de 5.118.000 leis.

Après l'union des Principautés roumaines et depuis l'année 1862, les deux Directions des Travaux publics se réunissent formant l'actuel Ministère des Travaux publics.

Une importante campagne de travaux publics fut organisée entre 1860 et 1870 par les premiers ingénieurs roumains formés à l'Ecole des Ponts et Chaussées de Paris, parmi lesquels Panaït Donici, plus tard Ministre des Travaux publics, qui organisa le génie de l'armée roumaine. C'est à lui qu'on doit la première loi des routes de 1868 qui resta en vigueur jusqu'à 1905, et les cahiers des charges et les

(28) V. Urechia, *op. cit.*, p. 23 ; Banescu, *op. cit.*, p. 1198.

conditions générales pour entreprises de travaux publics (règlement du 19 février 1860).

Ainsi réglementés, les travaux publics en Roumanie connaîtront une période très féconde, car si en 1863 les Principautés unies possèdent un réseau de 773 km., 9 ans plus tard ce chiffre sera de 1.095 km., pour s'élever en 1905 à 26.426 km. de chaussées pavées.

Il en est de même pour les ponts. A partir de 1860, on construit de nombreux ponts dans la capitale sur la Dâmbovitza et on commence plus tard les travaux de canalisation de cette rivière.

La nécessité des ponts dans la capitale était si grande qu'on ne savait pas par où commencer pour ne pas mécontenter les habitants de certains quartiers, jaloux de voir préférés les autres quartiers.

Il est arrivé même qu'on a commencé la construction d'un pont dans un quartier pour le transporter et l'achever dans un autre où le contingent électoral était plus fort (29).

Jusqu'en 1865, il n'y avait pas de ponts métalliques en Roumanie, bien que ces ponts soient apparus en Occident depuis presque un siècle déjà.

Le prince Joan 1^{er} Couza désirant lier les deux capitales des principautés unies, a chargé le gouvernement de faire construire des ponts sur la chaussée Bucarest-Jassy par la Maison Barkley & Staniforth qui avait en ce moment la concession des chemins de fer Rusciuc-Varna-Cernavoda-Constantza. Un contrat d'entreprise à forfait fut conclu avec cette maison qui n'a pas tardé à construire 19 ponts métalliques ayant coûté 387.524 livres payables en 16 ans. Malheureusement pour la Principauté, ces ponts se sont écroulés quelques années après leur réception.

Dans les 50 ans qui suivirent la proclamation du Royaume de Roumanie, les ingénieurs roumains ont construit des très importants travaux publics parmi lesquels il faut citer le pont de Cernavoda sur le Danube « qui est toujours très justement considéré comme l'un des ouvrages les plus remarquables de l'Europe... » et qui « fait le plus grand honneur à l'éminent ingénieur qui l'a conçu, M. l'inspecteur général A. Saligny » (30).

La nécessité d'un pont sur le Danube, permettant l'accès à la mer Noire, s'est fait sentir depuis longtemps. Déjà le Prince Barbu Stir-

(29) V. Ionesco, *op. cit.*, p. 1238.

(30) Lettre de M. Paul Séjourné, membre de l'Académie des Sciences, à M. Ion Ionesco, citée par ce dernier dans son ouvrage, *loc. cit.*, p. 1268.

bey s'occupait de cette question très importante pour le développement du commerce et de l'économie nationale du pays.

Néanmoins les projets n'entrèrent pas dans la phase de réalisation qu'après la guerre de l'indépendance roumaine (1877), et à l'occasion de la délimitation de la frontière entre la Roumanie et la Bulgarie, faite par une commission internationale qui fut présidée par Léon Lalanne. Cette commission a tracé la frontière de la Roumanie à Silistra, ce qui a permis à la Roumanie de construire ce magnifique pont sur le Danube.

En 1882, l'Etat roumain ouvre un concours international pour la construction de ce pont, mais à deux reprises la commission composée d'éminents spécialistes français, allemands et roumains, ne trouva aucun des projets digne d'être réalisé. Devant cet échec, le gouvernement roumain charge l'ingénieur A. Saligny d'élaborer les projets du pont et de diriger les travaux.

Les projets de Saligny furent achevés en 1889 et dans l'année suivante on a procédé à l'adjudication de ces travaux qui furent attribués à la Compagnie française Fives-Lille, à qui on doit depuis l'exécution de beaucoup d'autres grands travaux de Roumanie.

Le pont « Roi Carol I^{er} » de Cernavoda fut inauguré le 26 septembre 1895. C'est un chef-d'œuvre de la technique moderne, sa longueur est de 4.088 mètres, ayant la plus grande arche (190 mètres) construite à cette époque sur le Continent (31).

II. — TRAVAUX PUBLICS FLUVIAUX ET MARITIMES

A) *Travaux exécutés par l'Etat* (32). — La Roumanie étant limitée et traversée au Sud par le plus grand fleuve de l'Europe, le Danube, il est naturel que les premiers travaux ayant pour but de faciliter la navigation fussent exécutés sur cette rivière.

Une grande partie de ces travaux furent exécutés par la Commission européenne du Danube. Nous nous occuperons de ces travaux à la fin de ce chapitre.

(31) V. Ionesco, *op. cit.*, p. 1270. V. aussi Direction Générale des Chemins de Fer de l'Etat de Roumanie : *Le pont « Regele Carol » sur le Danube*. Notice présentée à l'Exposition Universelle de 1900 à Paris, par le service des ponts. Buc., 1900.

(32) V. Gh. Popesco : *Lucrări de navigațiune fluvială și maritimă* (Bul. Soc. Pol. an XLV, n° 10, pp. 1318 et suiv.).

Le service de navigation fluviale roumain fut créé en 1874 par les ingénieurs français Laroussilière et Desmaroux. C'est avec le concours de ces éminents techniciens que les premières études en vue de la construction des quais et débarcadères furent élaborés.

Jusqu'en 1881, la valeur des travaux exécutés dans les différents ports fluviaux du Danube, n'excédèrent pas la somme de 5 millions 500.000 leis. Parmi ces travaux on doit mentionner ceux qui furent exécutés sur les ports de Giurgiu.

Après 1881, une campagne plus intense en faveur de ces travaux fut entreprise par le gouvernement du Ion Bratiano, travaux d'une importance particulière, vu le congrès international sur le régime du Danube qui devait s'ouvrir en 1883 à Londres, et auquel la Roumanie devait prendre part. Pendant cette campagne on a construit les ports de Calafat, Bechet, Corabia, Turnu-Magurele, Zimnicea, Oltenitza, Calarasi, etc.

Cette campagne continue en 1889, quand le gouvernement roumain fait appel à la compétence des spécialistes étrangers tels que Guillemain et Frantzius qui ont été consultés sur les meilleurs systèmes à adopter pour satisfaire aux exigences de la navigation sur le Danube. Quant à l'exécution de ces travaux, elle fut confiée à l'inspecteur général Gh. Popesco.

En même temps, on a fait construire des entrepôts de céréales à Galatzi et Braïla.

Depuis 1900, jusqu'aujourd'hui, le Service hydrographique de l'Etat a fait construire non moins de 36 ports sur le Danube, aménagés de plates-formes, chemins de fer, entrepôts, grues à vapeur, et en général toutes les constructions modernes nécessaires pour faciliter les opérations des navires qui viennent à quai.

En dehors de ces aménagements, les ingénieurs roumains ont construit deux grands bassins de manœuvre et d'abri dans les ports de Giurgiu et Galatzi.

Un des plus remarquables ouvrages techniques réalisés sur le Danube est le service de dragage et d'entretien du chenal navigable, entre Braïla et Turnu-Severin, sur une longueur de 700 km. Grâce à ce service, qui fait l'admiration des navigateurs, les accidents ont diminué de 90 % (33).

(33) V. Gh. Popesco, *op. cit.*, p. 1322.



Parmi les travaux publics maritimes, il faut citer les travaux de construction du port de Constantza.

Le port de Constantza, destiné à faciliter la plus grande partie de l'exportation des produits principaux de la Roumanie est situé sur la côte de la mer Noire. Du temps où la Dobrogea se trouvait sous la domination de l'Empire ottoman, une Compagnie anglaise avait construit un petit port abrité du côté du large par une digue de 200 mètres de longueur qui forme aujourd'hui un côté du môle ; ce port possédait en outre 200 mètres de quais en bois et une surface de bassin d'environ 4 hectares.

Après l'annexion de la Dobrogea à la Roumanie, l'ingénieur en chef de la Commission européenne du Danube, Sir Charles Hartley fut chargé de l'étude de l'agrandissement et de l'aménagement du port de Constantza en vue des intérêts économiques du pays. Le coût des travaux, d'après ce projet, était évalué à 21,5 millions de francs.

En 1888, le gouvernement roumain organisa un Service spécial pour l'élaboration des projets définitifs et l'exécution des travaux, sous la direction de l'ingénieur inspecteur général M. I. B. Cantacuzino, ayant comme ingénieur conseil M. Guérard, directeur du port de Marseille, inspecteur général des Ponts et Chaussées.

Les travaux ont commencé en 1895 par l'entreprise Hallier, ils ont donné lieu à un grand procès sur lequel nous reviendrons dans le chapitre où nous traiterons de l'arbitrage en matière de travaux publics. En 1897, après la mise en régie de l'entreprise Hallier, la direction des travaux fut confiée à M. G. I. Duca, ingénieur inspecteur général, ancien directeur général des chemins de fer de l'Etat roumain, qui dirigea les travaux jusqu'à sa mort survenue en 1899, lorsque lui succédèrent les ingénieurs inspecteurs généraux A. Saligny, Romniceano, Casimir et Gh. Popesco (v. Direction générale des Ponts et des voies de communication par eau : Notes sur le port de Constantza. Buc., 1909, Gh. Popesco, *op. cit.*, p. 1322).



Avant d'examiner les travaux exécutés par la C. E. D. nous jetterons un coup d'œil sur les travaux accomplis par l'Autriche-Hongrie dans les détroits des Portes de Fer, rattachés à la Roumanie après le traité de Trianon.

La question de la navigation sur le Danube, aux défilés de Cazan-nes fut étudié en 1874. Une commission formée par les représentants de l'Autriche-Hongrie et la Turquie, a été chargée d'étudier les projets et les devis des travaux à exécuter. En 1878, la Hongrie reçoit la mission de faire exécuter ces travaux, ayant obtenu le droit de prélever des taxes sur la navigation afin de couvrir de cette manière les frais de construction.

Après de nombreuses études, le Ministère royal hongrois des Travaux publics signe un contrat avec un entrepreneur hongrois soutenu par un groupe de financiers allemands.

Les travaux exécutés aux Portes de Fer, malgré leur coût très élevé (40 millions de couronnes) ne donnèrent pas satisfaction au point de vue de la navigabilité, et furent ouvertement critiqués à la Chambre des Députés par le Ministre de Commerce hongrois Hegedus, en 1899 (34).

B) *Les travaux de la Commission européenne du Danube* (35). — La Commission européenne du Danube a été instituée par le traité de Paris du 30 mars 1856. Les puissances signataires de ce traité (Autriche-Hongrie, France, Grande-Bretagne, Prusse, Russie, Sardaigne et Turquie) avaient reconnu à la question du Danube une importance internationale nécessitant leur contrôle. Dans ce but, elles avaient non seulement proclamé l'entière liberté de ce fleuve, mais encore elles avaient confié à une commission spéciale européenne la tâche importante de débayer ses embouchures au moyen de travaux spéciaux afin de mettre cette partie du fleuve ainsi que les

(34) V. sur les travaux exécutés aux Portes de Fer : Lt.-Col. Draghicesco : *op. cit.*, pp. 62 et suiv. ; Béla de Gonda : *La navigation intérieure en Hongrie*, Budapest, 1900 ; Georges D. Cioriceanu : *Les grands ports de Roumanie*, Paris, 1928.

(35) V. W. A. White : *Rapport général sur le Royaume de Roumanie, etc.*, Bucarest, 1884 ; Ing. Ward : *Les travaux exécutés par la C. E. D. aux embouchures du Danube (Journal de la Marine Marchande, n° du 14 avril 1927)*, Paris ; *Notice sur les travaux d'amélioration de l'embouchure du Danube et du bras de Soulina, 1857-1891*, par Voisin Bey, Paris, Dunod, éd. 1893 (Extr. *Annales des Ponts et Chaussées*) ; C. Chiru : *Dunarea si rectificarea râurilor*, Buc., 1916 ; V. spécialement le bel ouvrage de la C. E. D. : *La Commission Européenne du Danube et son œuvre de 1856 à 1931*, Paris, Imprim. Nationale, MCMXXXI, publié à l'occasion de son 75^e anniversaire qui coïncide avec l'achèvement des grands travaux exécutés par la C. E. D. à l'embouchure de Soulina ; Démogny : *La question du Danube*, Paris, 1911 ; Sir John Stakes : *The Danube and his trade*, London, 1890 ; *Notice sur l'ensemble des travaux de la Commission Européenne du Danube, 1856-1902*.

parties de la mer avoisinantes dans les meilleures conditions de navigation (36).

Pour couvrir les frais de ces travaux ainsi que ceux des établissements destinés à assurer et à faciliter la navigation, la Commission était autorisée à prélever des taxes sur les bateaux, sans distinction de pavillon.

Les plans, l'exécution et l'entretien de ces ouvrages furent confiés à Sir Charles Harley C. E. le premier ingénieur de la Commission.

Le traité de Paris stipulait que la Commission devrait ainsi accomplir sa tâche dans l'espace de deux ans. Mais on se rendit bientôt compte qu'un temps beaucoup plus long serait nécessaire et la conférence internationale tenue à Paris, en août 1858, en conformité avec le traité de Paris, prolongea le délai primitif jusqu'à l'achèvement des travaux. Une nouvelle conférence réunie à Paris en mars-juin 1866 fixa au 24 avril 1871 l'expiration de ce délai. Les pouvoirs de la Commission furent encore prolongés par le traité de Londres du 13 mars 1871 pour une nouvelle période de 12 ans, et par le traité de Londres du 10 mars 1883, jusqu'au 24 avril 1904 ; cette période écoulée, ils seront renouvelés par tacite reconduction de trois en trois ans, sauf dénonciation de la part de l'une des Puissances contractantes un an à l'avance.

L'art. 53 du traité de Berlin du 13 juillet 1878 dispose que « la Commission européenne du Danube, au sein de laquelle la Roumanie sera représentée, est maintenue dans ses fonctions et les exercera dorénavant jusqu'à Galatz dans une complète indépendance de l'autorité territoriale ».

Le fonctionnement de la Commission est régi par l'acte public du 2 novembre 1865 et l'acte additionnel du 28 mai 1881.

La Commission européenne s'est réunie à Galatz pour la première fois le 4 novembre 1856. Elle avait à s'occuper en premier lieu du choix de l'embouchure à améliorer par des travaux de curage.

En attendant l'achèvement des études préparatoires, en fit en 1857, pendant l'été, des essais de drainage sur la barre de Soulina, et on traîna le radeau turc au travers de la barre, sans obtenir des résultats satisfaisants.

Une ligne téléphonique reliant Soulina à Toulcea-Galatz de 200 km. de longueur, fut établie en novembre 1857.

(36) Art. 16 du Traité de Paris. Nous empruntons les dates de ce chapitre aux publications officielles de la C. E. D.

Des projets et devis pour le curage des embouchures de Saint-Georges et de Soulina et des bras respectifs du fleuve au moyen de jetées furent présentés en octobre 1887.

Les délégués, appelés à se prononcer, ne pouvant tomber d'accord sur le choix de l'embouchure, la question fut renvoyée devant une commission technique qui se réunit à Paris au printemps de 1858.

Sur les réclamations des commerçants et des navigateurs qui se plaignaient de la perte de temps causée par ces débats, la Commission européenne du Danube décida au printemps de l'année 1858 d'exécuter des travaux d'essai, à titre provisoire, à l'embouchure de Soulina, afin de donner quelque satisfaction aux intéressés.

Ces travaux furent commencés le 21 avril 1858 et achevés le 31 juillet 1861.

Les travaux dans le bras de Soulina furent entrepris en 1857 et terminés en 1865.

En même temps, on fit sauter les carcasses des navires perdus dans le bras de Soulina qui avaient obstrué le chenal.

On installa un service de bouées et de balisage ainsi que des poteaux militaires le long de la rive gauche. Les berges furent garnies de poteaux d'amarrage et le chemin de halage pourvu de ponts nécessaires pour établir une communication ininterrompue.

En 1865, afin d'augmenter la profondeur du fleuve, on exécuta une nouvelle série de travaux qui fut achevée en 1871.

De 1872 à 1879, on s'occupe de l'entretien du chenal navigable dans le bras de Soulina, afin de maintenir la profondeur.

En 1880 commence une nouvelle période de travaux pendant laquelle on cherche à augmenter la profondeur à l'étiage.

Depuis 1887 une nouvelle série de coupures a été entreprise, afin de supprimer d'autres coudes aigus qui empêchaient les bateaux d'une certaine longueur de naviguer dans le bras de Soulina.

La Commission européenne a fait construire également des quais, phares, signaux de brume, chantiers, ateliers, hôtels administratifs, stations de police fluviale, etc.

Les avantages tirés par le commerce et la navigation des travaux exécutés par la C. E. D. aux embouchures du Danube furent considérables.

C'est surtout la Roumanie qui retira le plus d'avantages ; grâce à ces travaux son commerce a pu prendre un grand essor (37).

Où voit que la Commission européenne a réussi à remplir intégralement la mission qui lui a été confiée par le traité de Paris.

Les embouchures du Danube, ainsi que les parties de la mer avoisinantes, dégagées de tous obstacles qui les obstruaient, se trouvent dans les meilleures conditions de navigabilité. Le bas Danube est ouvert à la grande navigation maritime. Il est libre, les navires de toutes les nations y naviguent dans des conditions de parfaite égalité.

La Commission européenne du Danube a fait fait face à toutes les dépenses occasionnées par les grands travaux ; par le fonctionnement régulier d'une administration très complète, uniquement à l'aide des taxes prélevées sur la navigation.

A côté de ces résultats économiques si importants, au point de vue politique, la C. E. D. a mis fin aux conflits perpétuels qui agitaient la vallée du Danube, en réalisant une grande œuvre pacifique et en substituant à l'ancienne rivalité d'intérêts une ère de travail et de civilisation (38).

C) Travaux faits pour l'amélioration de la navigation sur le Pruth.

— Les travaux pour l'amélioration de la navigation sur le Haut-Pruth, entre Nonselitza et Nemtzeni ont été exécutés par les soins d'une commission internationale mixte composée de représentants de la Roumanie, de l'Autriche et de la Russie, sous la direction de

(37) La reconnaissance du gouvernement roumain s'est montrée à toute occasion envers la C. E. D. Démètre Stourdza, le Président du Conseil des Ministres, exprimait ainsi, en 1897 et 1902, ses sentiments à l'égard de la Commission : « La C. E. D. ... est une des plus belles institutions créées par la civilisation du XIX^e siècle.... N'est-ce pas en effet admirable de voir réunir les Etats les plus puissants et plus éclairés du globe pour une œuvre éminemment de paix ? »

« N'est-ce pas une œuvre représentant une grande idée humanitaire, celle d'aider avec un désintéressement absolu, à la prospérité des autres ? Car ce n'est pas la Roumanie qui niera que c'est elle qui profite le plus des travaux accomplis par la Commission Européenne du Danube ». (V. C. E. D. et son œuvre, p. 396). V. aussi *Le Danube et les intérêts économiques de l'Europe* par la délégation roumaine à la Conférence de Paix de 1919.

(38) V. Em. Porumbaru, Ministre des Travaux publics de Roumanie : *La C. E. D. Communication faite au IX^e Congrès international de géographie*, Genève, 1909, citée dans *La C. E. D. et son œuvre*, p. 396 ; A. Pitisteanu : *La question du Danube*, Paris, 1914, p. 95, cité *ibidem*.

l'ingénieur de la commission De Tourcourt (39). Les faits de ces travaux furent supportés en commun par ces Etats (40).

III. — POSTES (41)

Avant le décret du Prince Alexandre Ipsilanti de l'an 1775, qui est la première loi organisant le service des postes en Roumanie, on ne peut pas affirmer qu'un service public des postes ait existé dans les Principautés Roumaines.

L'importance de ce décret réside en ce fait qu'il organise un véritable service pour le public, la poste n'existant auparavant que pour le prince et sa cour.

Avant tout il faut préciser ce qu'on doit entendre par « poste » à cette époque. Comme dans tous les pays, avant la découverte de l'engin de Stephenson et la construction des premiers chemins de fer, la poste était un service de transports et messageries.

Dans les Principautés Roumaines, il y avait un service princière des postes réservé, comme nous venons de le dire, au prince, à ses dignitaires, aux courriers de l'Etat, et aux voyageurs étrangers ayant des lettres d'introduction auprès des princes, etc. (41 bis).

Les habitants des Principautés ont été tenus de payer un impôt en nature pour assurer ce service, c'est-à-dire de donner des chevaux de rechange et de les nourrir.

(39) V. Rapport sur l'état actuel du Haut-Pruth... par l'ingénieur de la Commission de Tourcourt ; Protocoles de la Commission mixte de Pruth, publiés par le Ministère des Affaires étrangères Roumain, Buc., 1891, pp. 104-157.

(40) Toutes les fois que les travaux publics sont exécutés pour le compte de plusieurs Etats, pour leur utilité commune il y aura des travaux publics internationaux.

(41) V. Th. Aslan : *Studiu asupra monopolurilor în România*, Buc., 1906, éd. Acad. Rom., pp. 32-40 ; N. Urechia, *op. cit.*, pp. 14 et suiv.

(41 bis) Ce service des postes princières est resté légendaire ; les récits des voyageurs étrangers s'accordent à louer la rapidité incomparable de ces postes, tout en insistant sur le manque absolu de confort qu'elles offraient (v. N. Urechia, *op. cit.*, p. 12 et les très intéressants récits de quelques notables voyageurs étrangers à travers les principautés roumaines, cités par cet auteur). Néanmoins le service des postes princières était un lourd fardeau pour la population ; les villages voisins des stations de relais devaient fournir sans aucune indemnité les postillons, les chevaux et le fourrage nécessaire. Les habitants devaient subir toutes réquisitions que les gens du prince trouvaient bon de leur imposer. Ainsi, les voyageurs des grandes routes racontent qu'ils avaient traversé des véritables déserts, les paysans s'étant enquis pour éviter toutes ces exactions, s'installant loin des chemins publics (v. N. Urechia, *op. cit.*, p. 15).

On a trouvé des documents remontant au xiv^e siècle qui prouvent l'existence de ce service personnel du prince, et l'obligation imposée aux communes de fournir chevaux et fourrages pour l'« olac » (diligence) du prince. Néanmoins les princes accordèrent par faveur la franchise de cet impôt aux habitants de certains villages privilégiés.

Ainsi l'historien B.-P. Hasdeu cite une lettre patente du 11 mai 1399 faite à Giurgiu, par laquelle Mircea le Grand, prince de Munténie, exempte le village Pulcuti de l'obligation de donner les chevaux pour l'olac du prince (42). De même d'autres documents datés de 1490 et 1595 de Munténie et de Moldavie (43) prouvent que les habitants des deux principautés ont été soumis à cet impôt en nature.

Le décret de l'an 1775 du Prince Alexandre Ion Ipsilanti de Munténie, prévoit que les chevaux du service des postes seront achetés aux frais de la cour princière (art. 2). Les stations des postes, qui étaient en même temps des auberges (Menzihane) seront construites dans les lieux désignés par la cour princière. Les travaux seront dirigés par les intendants (ispravnici) des départements. Les stations auront des écuries suffisantes, et 3-4 appartements pour les « hôtes qui vont et viennent » (art. 3).

Le personnel du service des postes sera rétribué par le trésor de l'Etat (90 écus (bani) par mois) (art. 4). En dehors de ce personnel des postes chaque station aura un corps de garde, commandé par un capitaine (menzilgibasa) ces corps de garde « garderont les routes des vils hommes » et surveillent à ce que « les voyageurs ne peuvent s'opposer de payer les tarifs » (art. 5). La station de poste de Bucarest sera commandée par deux capitaines « en caftan et armés de massues » étant sous les ordres du préfet de police et son adjudant (Vel Spatar si Vel Capitan za lefegii) qui à leur tour obéiront au commandant des fantassins (dorobanti). Les capitaines des stations porteront un registre de voyageurs (art. 6-8). Les voyageurs devront être munis d'un passeport (art. 8-10).

Ainsi qu'il apparaît de ces dispositions les postes princières de Munténie ont été organisées en véritable service public, les particuliers munis d'un passeport y ont été admis comme passagers. En

(42) *Archiva Istorică a României*, t. I, p. 97, cité par Th. Aslan, *op. cit.*, p. 34.

(43) V. *ibidem*, pp. 5 et suiv., cité par Aslan.

dehors de cela, tous les frais du service (construction des stations de postes ; auberges, écuries, etc.) ont été supportés par l'Etat.

Mais ce décret organise non seulement le service public des postes, il prévoit également des travaux publics qui seront exécutés en régie sous la direction des intendants (préfets) des départements.

Plus tard, sous le régime des règlements organiques de la Muntenie et Moldavie le service public des postes fut affermé. Après l'union administrative des Principautés roumaines (1862) la loi du 16 décembre 1864 fut votée, organisant pour la première fois le service des postes et des télégraphes en Roumanie. Ce service fut ensuite donné en concession le 31 mai 1868 (44).

IV. — LES CHEMINS DE FER (45)

En Roumanie, comme d'ailleurs dans tous les autres pays, les premiers chemins de fer ont été construits par des concessionnaires.

Les premiers projets de construction de chemins de fer furent élaborés en Moldavie en 1841, sous le règne du Prince Michel Sturdza.

En 1862 sous le règne du Prince Couza on accorde la première concession pour la construction et l'exploitation de la ligne Galatz à la frontière de l'Autriche. La concession fut attribuée au prince Mavrogheni, vice-président de la Chambre des députés. Au même temps on concessionne les chemins de fer de Muntenie au prince Bibesco Bassarab Brancoveano, un autre vice-président de la Chambre des députés.

(44) V. *Conditii pentru concedarea postelor de cai din toata România* (Loi du 31 mai 1868). L'art. 16 du cahier des charges et conditions générales prévoit à la charge des concessionnaires l'obligation de bâtir les stations des postes, qui reviennent gratuitement à l'Etat à la fin de la concession.

(45) V. *Centenarul Cailor Ferate 1830-1930*, Buc., 1930, Ed. Soc. Pol. din Rom. ; Nicolae I. Petulesco, ingénieur inspecteur-général : *Istoricul si dezvoltarea cailor ferate...*, *ibidem*, pp. 5 et suiv. ; Victor V. Stoika : *Evolutia cai...*, *ibidem*, p. 79 ; Cezar Mareuta, directeur général des Ch. R. R. : *Administrarea si exploatarea cailor ferate*, *ibidem*, pp. 409 et suiv. ; Ion Ionesco, professeur à l'Ecole Polytechnique de Buc. : *Influenta cailor ferate asupra progresului constructiei podurilor*, *ibidem*, p. 137 ; M. Todorcanu, ingénieur en chef à la Dir. des Ch. F. R. : *Progresele constructiei tunelurilor*, *ibidem*, pp. 200 et suiv. ; Eugène-Henri Gavand : *La question des chemins de fer en Roumanie pour les provinces en deçà du Milcov*, Bucarest, 1886 ; Const.-C. Mainesco : *Istoricul C. F. R. Ed. Dir. Gen. a C. F. R.*, Buc., 1906, 2 volumes.

Ces concessionnaires ne pouvant pas réunir les capitaux nécessaires, durent renoncer à leur concession.

A l'occasion de la concession de la ligne Bucarest-Giurgiu, une vive discussion s'engage au Parlement sur la question de savoir si l'exploitation des chemins de fer doit être concédée, ou bien s'il est plus avantageux de recourir au système de la régie. Le Gouvernement s'est déclaré pour la concession en partant des considérations précisées dans l'exposé des motifs de l'acte de concession du 12 janvier 1863. Après des discussions longues et passionnées fut votée la loi accordant la concession et en même temps autorisant le Gouvernement à ouvrir un concours pour la concession des lignes Roman-Tecuci-Galatzi, Tecuci-Bârlad-Barbosi-Braïla-Buzeu, Ploesti-Chitila-Bucuresti-Pitesti-Vârcioara, Suceava-Iasi-Roman.

Deux groupes de financiers ont fait des offres pour obtenir ces concessions : 1° Le groupe formé par les ducs de Ujest et de Ratibor, le comte Lehndorf et le docteur Strussberg ; 2° Le groupe Offenheim pour la ligne Suceava-Iasi-Roman.

Le 24 mai 1864, les Chambres accordent les deux concessions.

Néanmoins et malgré que les premiers pourparlers avec les grandes compagnies de construction de chemins de fer aient déjà commencé en 1841, la première ligne de l'ancienne Roumanie (46) entre Bucarest et Giurgiu ne fut achevée qu'en 1865 (47). Elle fut construite par la Compagnie John Staniforth et John Trevor Barkley qui avait en ce moment en entreprise la construction des ponts métalliques sur plusieurs fleuves de la Roumanie.

Dès que le prince Carol I^{er} est monté sur le trône de Roumanie, il insista (48) auprès du Gouvernement pour revenir sur l'annula-

(46) La première ligne de la grande Roumanie, Oravitza-Racajdia-Biserica Alba (Yougoslavie)-Bazias, fut construite par l'Autriche-Hongrie en 1846-1854.

(47) Les causes de ce retard furent : d'abord, les événements politiques (l'union des principautés, le coup d'Etat du prince Couza, sa chute, l'installation de la dynastie des Hohenzollern-Siegmaringen, etc.) et aussi les doutes des gouverneurs quant à l'avenir des chemins de fer, voir même l'opposition acharnée des voutiers.

(48) Il déclara dès les débuts de son règne à ses ministres que la Moldavie ne serait vraiment unie à la Munténie, qu'en liant les deux pays par une ligne de chemin de fer. Son désir de doter le pays d'un réseau des chemins de fer fut si grand qu'il avait décidé de ne jamais voyager à l'étranger autrement que dans un train roumain. Et il tint parole. Sa volonté de munir la Roumanie de chemins de fer s'est manifestée avec une rare fermeté lors de l'affaire Strussberg. Il déclara dans un Conseil des ministres qu'il prenait seul la responsabilité des constructions exécutées par la C^{ie} Strussberg, étant convaincu — disait-il — que le pays le bénira plus tard de cet acte (v. Petculesco, *op. cit.*, p. 7). Les insia-

tion de la concession du chemin de fer Bucarest-Giurgiu, accordée par le prince Alexandre Ion Couza.

De son côté, le Gouvernement se trouvait dans un sérieux embarras du fait des protestations véhémentes des charretiers et des commerçants de Giurgiu qui voyaient leurs intérêts menacés par les chemins de fer.

Il y avait au cours de l'année des élections générales et le parti au pouvoir ne voulait pas mécontenter les électeurs, le Gouvernement consentit à ce que la ligne de chemin de fer s'arrêtât devant la barrière de la ville de Giurgiu. On a donc modifié le trajet de la ligne pour donner satisfaction aux braves charretiers de Giurgiu.

Les concessions n'ont pas donné en Roumanie de bons résultats (49). Elles ont donné lieu à de nombreux procès, car les travaux exécutés par les concessionnaires trop soucieux de leurs bénéfices, ont laissé beaucoup à désirer. Les trajets ont été tracés de manière à féliciter le travail et à réaliser les plus grands bénéfices possibles. Dans ces conditions, quoi que le Gouvernement ait accordé de grands avantages aux concessionnaires (franchise de taxes de douane, impôts, droits de timbre et enregistrement, etc.), un kilomètre de chemins de fer n'a pas moins coûté de 300.000 leis or.

Parmi les litiges occasionnés par les concessions de chemin de fer en Roumanie, le plus célèbre fut l'affaire Strussberg qui a excité beaucoup de passions en Allemagne et en Roumanie, et qui a causé un grand tort à la Roumanie (50).

tances du Prince Carol de Roumanie peuvent être comparées à celles du Roi Léopold de Belgique.

(49) V. les critiques du sénateur Radu C. Porumbaru, ancien ministre des Travaux publics (Sénat, Séance du 17 janv. 1906) et les différents mémoires de l'Association des Ingénieurs Roumains (A. G. I. R.).

(50) V. sur l'affaire Strussberg : *Notes sur la vie du roi Charles de Roumanie*, par un témoin oculaire (édition française), Bucarest, 1894-1896, 2 volumes ; T. Maioresco : *Discursuri parlamentare* ; C. Mainesco : *op. cit.*, *Les débats parlementaires* de 1871, 1879, 1880 ; *Colectia de legi*, V. Boeresco, pp. 342 et suiv. ; G. Tasca : *Probleme economice si financiare* ; *Vertrag Zwischen der Rumänischen Regierung und der Rumänischen Eisenbahnen Action Gesellschaft*, Convention entre l'Etat Roumain et la Société des actionnaires des chemins de fer roumains de 1879, *Ministerul Com. Agr. si Lucr. Publ. : Concesiunea Cailor Ferate acordata Companiei Strussberg*, Buc., 1870 ; N. I. Petculesco : *Problema C. F. R.*, Buc., 1928 ; *Lucrarile publice si exploatarca C. F. R.*, Ed. Soc. Pol., Buc., p. 8 ; W. A. White, envoyé extraordinaire et Ministre plénipotentiaire de S. M. Britannique : *Rapport général sur la Roumanie et plus spécialement sur... ses lignes de chemin de fer*, Bucarest, 1884, p. 7 ; Frédéric Damé : *Histoire de la Roumanie contemporaine*, Paris, 1900, pp. 139 et suiv., et 236 et suiv.

Le docteur Strussberg était le principal animateur du groupe de financiers composé par les ducs de Ujest et de Ratibor et le comte Lehndorf, qui avait obtenu la concession de nombreuses lignes de chemin de fer, par la loi du 24 mai 1864. D'après les dispositions de l'acte de concession le prix global des travaux pour le réseau entier fut fixé à 248.130.000 leis or, donc l'Etat devait payer un kilomètre de chemin de fer 270.000 leis or. Le paiement devait se faire par amortissement, l'Etat garantissant un taux de 7,5 %.

Deux ans plus tard, après la guerre franco-allemande, le trust Strussberg s'avère moins solide par suite de perturbations sur les marchés européens. Bientôt la Société Strussberg ferme ses guichets. La situation de cette compagnie est alors devenue d'autant plus délicate que le Docteur Strussberg soustrait, en collaboration avec un certain sieur Ambronns, commissaire du Gouvernement roumain, les valeurs de 30 millions de leis que l'Etat roumain a déposées en garantie à la Société, pour les employer à des spéculations malheureuses, les remplaçant par des titres d'hypothèques irréalisables (51).

Pendant cette période de déconfiture du groupe Strussberg les travaux de construction durent naturellement être suspendus. Pour mettre fin à cette situation le gouvernement propose le 21 juin 1871 un arrangement avec Strussberg. Le projet de convention du Gouvernement roumain contient les dispositions suivantes :

« Le groupe Strussberg s'engage à achever la ligne Roman-Bucuresti-Pitesti, de même que la section de Tecuci-Barlad et la ligne de ceinture de Bucuresti. Ces lignes seront réceptionnées par le Gouvernement roumain avec l'outillage roulant et prêtes à être mises en service.

« La ligne projetée de Pitesti-Targoviste restera inachevée et le Gouvernement roumain sera dédommagé par le groupe Strussberg de la somme de 4 millions de thalers dommages-intérêts qui seront réalisés par la vente des obligations du groupe Strussberg les concessionnaires restant solidairement responsables et avec toute leur fortune, du paiement de cette somme.

« Les obligations émises par le groupe Strussberg à un taux de 6 $\frac{1}{2}$ % seront converties en titres à 5 % garantis par l'Etat roumain. »

A ce projet du Gouvernement un contre-projet fut présenté par un groupe de 62 députés de la Chambre roumaine qui demanda :

(51) V. Tasca, *op. cit.*, p. 105.

1° la résiliation du contrat de concession devant le tribunal des arbitres prévu par la clause compromissoire de l'acte de concession ; 2° après la résiliation, le dédommagement par le Gouvernement des porteurs de titres, par le rachat des lignes construites et des matériaux roulants ; 3° la construction et l'exploitation des lignes rachetées par un conseil d'administration ; 4° que les détenteurs des obligations soient invités à se constituer en société d'actionnaires qui sera subrogée dans les droits des concessionnaires.

Ce contre-projet fut accepté par le Gouvernement et voté par les Chambres le 5 juin 1871. La loi fut promulguée le 17 juillet 1871.

En octobre 1871, la concession fut résiliée par le tribunal arbitral.

Par une autre loi du 24 décembre 1871 les détenteurs de titres furent obligés d'opter pour une des deux alternatives :

1° Continuer la construction des lignes et les achever dans un délai de trois ans partant du 1^{er} janvier 1872. Le Gouvernement s'oblige alors à leur faire un premier versement de 9.250.000 leis jusqu'au 1^{er} janvier 1873, date de la réception du lot Roman-Bucuresti. A partir de cette date, le Gouvernement acquittera la somme garantie de 200.000 leis par km. de chemin de fer achevé. Les arrérages de l'année passée seront payées par Strussberg.

2° Ou bien si dans un délai de 40 jours, les détenteurs des obligations n'acceptaient pas la convention, l'Etat roumain ferait sien les droits des actionnaires et s'engagerait à racheter les obligations qui seront converties en valeurs d'Etat dans un délai de 49 ans.

Après de longues hésitations Bleichdorfer, successeur de Strussberg, accepte la convention et constitue la Société des actionnaires des chemins de fer roumains. Strussberg verse à la Société 4 millions de thalers d'arrérages, et s'engage à liquider le reste en 5 ans.

Cette affaire semblait donc arrangée. Mais bientôt les actionnaires firent de nouvelles pressions pour obliger l'Etat roumain à racheter les lignes de chemins de fer purement et simplement et sans aucune condition. Comme toute l'aristocratie de la Silésie et la haute finance de Berlin étaient intéressées dans la construction des chemins de fer roumains, Bismark intervint. L'occasion de faire une pression sur la Roumanie se présenta d'elle-même lors du Congrès de Berlin.

Dans ce Congrès trois grandes questions internationales intéressèrent directement la Roumanie : la reconnaissance de son indépendance, la question de la naturalisation des israélites immigrés en

grandes masses à la suite des programmes de Russie en Roumanie, et la question de l'Arab-Tabie (52).

Bismark trouvait alors le moment propice d'exiger le rachat des chemins de fer par l'Etat roumain. Très adroitement il a posé comme condition de la reconnaissance de l'indépendance roumaine et de l'appui de l'Allemagne dans la question de l'Arab-Tabie, le rachat de ces chemins de fer. Il se servait, pour faire pression sur la Roumanie, de la question juive (53).

(52) La frontière roumaine-bulgare.

(53) « Liteano (envoyé extraordinaire de la Roumanie à Berlin) communique de Berlin que le prince de Bismarck lui a déclaré que... le gouvernement allemand sera d'autant plus favorable à la Roumanie que le cabinet (roumain) tiendra compte des intérêts allemands, ...et qu'on en arrive d'abord à une solution convenable de la question des chemins de fer encore en suspens » (v. Notes sur la vie du roi Charles de Roumanie par un témoin oculaire, publiées dans la *Deutsche Revue* par M. le conseil intime Dr. Schaefer, professeur d'histoire de l'art à l'Université de Darmstadt et ancien précepteur du roi de Roumanie. Une traduction française de ces notes a été publiée à Bucarest en 2 volumes, v. t. II, p. 136, 25 oct.-6 nov. 1879). « ...l'Allemagne ne prendra ouvertement parti pour la Roumanie qu'après le rachat des chemins de fer » (*ibidem*). « La reconnaissance de notre indépendance reste encore en suspens tant que la question de chemins de fer n'aura pas été réglée ; c'est après cela seulement que l'Allemagne veut prendre l'initiative d'établir des relations diplomatiques » (v. Lettre du prince Charles de Roumanie à son père, *ibidem*, p. 136, 3-15 sept. 1879). « Le Prince Charles-Antoine envoie à son fils la lettre que l'impératrice d'Allemagne lui a écrite : « Il y a péril en la demeure (au sujet de l'Arab-Tabie et de la reconnaissance) si Charles ne fait pas annuler le vote de la deuxième Chambre qui brise le traité des chemins de fer de Berlin » (v. *ibidem*, t. II, p. 144, 10-12 déc. 1879). « Le 21 novembre 1879, M. Liteano envoie une dépêche au Ministre des Affaires étrangères de Roumanie B. Boeresco en rapportant que « le gouvernement du Reich est décidé à déclarer la question juive non résolue si la convention de chemins de fer n'est pas promptement menée à bonne fin » (*Ibidem*, II, 139). « Je crois — écrit le prince Charles-Antoine de Hohenzollern le 21 avril 1879 à son fils le prince Charles de Roumanie — que la question des chemins de fer a toujours été la plus importante pour l'Allemagne, et que la question juive a été plutôt un prétexte qu'un but »... « La Roumanie devrait par tous les moyens et même par de sensibles sacrifices d'argent, s'efforcer d'amener une séparation des intérêts allemands et des intérêts roumains dans l'affaire des chemins de fer. Une blessure de moins dans les chairs du pays serait comme la guérison ! Il est vrai que je ne puis pas juger à quel point les exigences allemandes sont peut-être irréalisables » (*Ibidem*, t. II, p. 126). Dans une conversation avec M. Sturdza en juillet 1879, le prince Bismarck lui montre franchement pourquoi l'Allemagne ne cédera pas dans la question des chemins de fer : « ...Les sentiments des Roumains pour la France — disait Bismarck — ont causé du mécontentement en Allemagne, et il n'est pas prudent de mécontenter quelqu'un qui est fort... Pour rendre désormais meilleurs les rapports entre l'Allemagne et la Roumanie, il faut en finir avec l'affaire des chemins de fer. » « Ces affaires de chemins de fer sont une source constante de malentendus, qui ne permettent à aucune relation

L'Allemagne a donc su par où forcer la main de la Roumanie, si bien qu'après de longues et véhémentes discussions, le Parlement a dû céder en autorisant le gouvernement à racheter les chemins de fer construits par le groupe Strussberg au prix de très grands sacrifices financiers.

A partir de ce moment la construction et l'administration des chemins de fer en Roumanie se fera par l'Etat et la loi du 5 mars 1883 — modifiée plusieurs fois — établit le monopole en régie.



La construction des chemins de fer a nécessairement entraîné celle des tunnels et des ponts (54). Les tunnels font leur apparition dans la technique moderne avec les chemins de fer.

Les plus importants tunnels en Roumanie sont les suivants : Beresti (3.328 m.) construit sous la direction des ingénieurs Elie Radu et Scarlat Ottulesco en 1906, sur la ligne Bârlad-Galatzi ; Teliu (4.370 m.) sur la ligne Brasov-Vatra Dornei ; Isvor (5.018 m.) sur la ligne Moreni-Sinaia.

V. — LES CONDUITES DE PÉTROLE (PIPE-LINES) (55)

Après de nombreuses expériences faites dans les pays producteurs de pétrole, on a constaté que les meilleurs moyens de transport du pétrole sont les conduites (pipe-lines) qui permettent la réalisation de 50 % d'économie sur les frais de transport en wagons-citernes.

amicale de se constituer et de se consolider. Elles ont commencé avec Strussberg qui a attiré dans cette entreprise les grands seigneurs de la Silésie. Ceux-ci, à leur tour, y attirèrent toutes leurs connaissances et leur clientèle. Nous trouvons aujourd'hui parmi les actionnaires de la Société des chemins de fer roumains : des grands seigneurs et des dames de la Cour, les laquais de ces grandes maisons et même des cochers de fiacre — en un mot : presque tout Berlin ! » « Il y a par conséquent tant d'intérêt en jeu qu'il est impossible de ne pas en tenir compte ». Et bien plus : « le roi lui-même a dû intervenir pour sauver quelques-uns des grands seigneurs silésiens quand les choses n'ont plus marché avec Strussberg... Il a dû venir en aide, sur sa propre cassette, aux grands seigneurs silésiens. Il est donc facile à comprendre pourquoi chacun de nous désire sortir de cette pénible histoire » (v. *Notes sur la vie du roi Charles...*, t. II, p. 119).

(54) V. Ion Ionesco : *Influenta cailor ferate asupra progresului constructiunii podurilor*. Centenarul C. F. E. 1930, pp. 157 et suiv.

(55) V. l'exposé des motifs et les rapports de la loi du 1^{er} juillet 1930 sur les conduits de pétrole.

La construction des réseaux de conduites de pétrole en Roumanie fut commencée avant 1911. La loi du 20 mars 1912 charge le Ministère des Travaux publics de la construction de ces conduites. La direction spéciale en fut placée sous les ordres du Ministère des Communications.

La Roumanie possède à l'heure actuelle les lignes suivantes :

1° La ligne de 10 pouces (1 pouce : 3 cm. environ) Baicoi-Buzau-Fetesti-Constantza, construite avant la guerre, mais qui ne fut mise en service qu'en 1919-1920, ayant un débit de 140 wagons de pétrole raffiné.

2° Deux lignes de 5 pouces chacune Câmpina-Giurgiu, l'une pour les produits raffinés, et l'autre pour le pétrole brut, ayant un débit de 50 wagons par jour.

3° Une ligne de 5 pouces de Câmpina à Bucarest, ayant un débit de 50-60 wagons par jour.

Par la loi du 1^{er} juillet 1930, l'exploitation et l'administration des conduites de pétrole sont organisées en régie autonome, placée sous le contrôle du Ministère du Commerce et l'Industrie.

VI. — TÉLÉGRAPHE. — TÉLÉPHONE (56)

La première ligne de télégraphe en Roumanie fut construite pendant la guerre de Crimée, en 1854, sous le règne du Prince Barbu Stirbey, par une compagnie du génie de l'armée française, commandée par le Capitaine Lamy. Cette ligne reliait Bucarest et Giurgiu, de même que Giurgiu et Ruscine par un câble sous le Danube. Elle était ouverte au public en 1855.

Sous l'occupation autrichienne, on construit dans la même année la ligne Predeal-Bucarest. Après la retraite des troupes françaises, les Autrichiens administrent aussi la ligne construite par le Capitaine Lamy.

A la suggestion du Capitaine Lamy, intime et conseiller du prince Barbu Stirbey, on crée une école pour les télégraphistes roumains, si bien qu'après la retraite des troupes autrichiennes, en 1858, le service télégraphique passe sous la direction de l'administration roumaine.

(56) V. Tudor Tanasesco : *Istoricul dezvoltarii tehnice a telegrafiei in România* (Bul. Soc. Pol., an. XLV, n° 10) ; v. C. Ianculesco : *Telefonie, Ist. dev. tech. in România*, t. II, p. 1950.

En 1859, le Prince Alexandre Ion Couza réunit les services des deux principautés dans une Direction générale des Postes qui sera dirigée en 1864 par le Commandant Cézare Librecht, aide de camp du prince.

Le télégraphe qui fut déclaré service public dès 1855 ne put atteindre son but à ses débuts : servir le public, à cause surtout des tarifs très élevés. C'est seulement en 1863, lors de la convention de Paris où les tarifs internationaux furent établis, que le service du télégraphe devint non seulement un service public, mais aussi un service pour le public.

La loi du 19 juillet 1892 qui organisa les P.T.T. roumains ouvre une ère nouvelle dans l'histoire de la télégraphie en Roumanie, caractérisée par une intense campagne des travaux publics. Les lignes se multiplièrent sans cesse, et de nombreux câbles traverseront bientôt le Danube à Braïla, Fetesti et Giurgiu.

Après la convention internationale de Berlin (1898) la ligne Berlin-Bucarest fut prolongée à Constantza et par un câble sous-marin la liaison fut établie avec Constantinople.

Bientôt, grâce aux efforts des techniciens roumains, on introduit dans le service des P.T.T. de Roumanie des innovations techniques qui furent trouvées excellentes et furent adoptées ensuite par les administrations d'autres pays.

A la veille de la guerre mondiale, la Roumanie possédait un admirable réseau télégraphique, les appareils les plus modernes et un personnel très instruit.

Après la guerre, ce n'est qu'en 1923 que le service des P.T.T., considérablement agrandi par un réseau quatre fois plus grand qu'avant la guerre, entrera dans un régime normal.

La première ligne téléphonique en Roumanie fut installée en 1884 pour relier le Ministère de l'Intérieur à la Direction des Postes. En 1889, on a inauguré la première centrale téléphonique, ayant 5 numéros et desservant la Chambre des députés et les différents ministères.

Le service public des téléphones fut créé en 1890, seulement pour les abonnés de la ville de Bucarest. En 1893, leur nombre est de 300.

La grande difficulté qui retardait le développement des téléphones en Roumanie, comme d'ailleurs dans tous les pays, c'était l'opposition des particuliers à ce que les lignes traversassent leurs propriétés et que les poteaux fussent plantés dans leur terrain, ou des supports scellés dans les murs de leur immeuble.

La loi du 19 juillet 1892 dite « la loi des supports » crée cette servitude d'utilité publique en faveur de l'Administration, malgré les véhémentes protestations des propriétaires.

Cette loi a donné une grande impulsion au développement du téléphone, des lignes nouvelles nombreuses furent créées, de sorte qu'un service interurbain, reliant la capitale à Galatzi et Braïla pût être bientôt inauguré.

Les systèmes du téléphone se perfectionnaient sans cesse, en 1906 on installe les premières lignes automatiques et en 1927 on monte à Bucarest la première centrale automatique ayant 3.000 numéros. En 1933 le réseau entier de la capitale est automatique.

En 1928, la longueur totale du réseau téléphonique urbain de la Roumanie est d'environ 111.781 km. et celui des lignes interurbaines 175.000 km. En ce moment, le service téléphonique compte plus de 12.500 abonnés pour Bucarest et 52.400 pour toute la Roumanie.

En 1928 on étudie la réorganisation de ce service. Un projet fut élaboré par une commission de techniciens, et vérifié par M. Ch. Drouet, inspecteur général de l'Administration des Postes françaises, à la demande du gouvernement roumain.

Ce projet comprenait un plan de travaux pour une période de 10 ans, qui devraient coûter 8 milliards de leis. La situation financière de la Roumanie ne permettant pas l'adoption de ce projet, le service téléphonique fut concessionné à la Société « International Telephone and Telegraph Corporation », par la loi du 4 juillet 1930.

VII. — DESSÈCHEMENT DES MARAIS ET ENDIGUEMENT DES TERRAINS INONDABLES DU DANUBE (57)

La région inondable du Danube est une surface de plus d'un million d'hectares, dont une partie, la moitié presque, est couverte de marais et le reste de forêts, de pâtis et de terrains cultivables.

Ces terrains inondables situés le long du fleuve sont d'une grande richesse. Quoique les cultures faites sur ce sol soient souvent détruites par les inondations, les propriétaires cultivent les parties les plus élevées de ces terrains, estimant qu'une bonne récolte peut leur

(57) V. C. I. C. Bratanio : *Mémoire sur l'endiguement des terrains inondables du Danube*, pp. 1-4 ; V. Rosu : *Indiguirile regiunei inundabile a Dunarei* (Bul. Soc. Pol., an. XLV, n° 10, p. 1328) ; Exposé des motifs de la loi du 11 juillet 1929.

assurer assez de bénéfices pour compenser les destructions causées par deux années d'inondation.

Certains propriétaires ont construit de faibles digues pouvant protéger leur terrain contre les petites inondations. Lors des fortes crues, ces digues sont rompues par les eaux et les récoltes qu'elles protègent sont détruites.

Les premiers essais plus importants d'endiguement de la région inondable du Danube ont été pratiqués en 1895, par des ingénieurs hollandais, sans donner aucun résultat. Ils sont arrivés à cette conclusion que l'amélioration du delta du Danube ne peut être faite autrement qu'en aménageant le delta pour la pisciculture.

Plus tard, en 1904, on a repris l'étude de cette question et l'Ephorie des Hôpitaux et l'Etat ont réussi à mener à bien les travaux d'endiguement sur le domaine de Chirogi. Grâce à ces travaux exécutés par l'entreprise hollandaise « Schram et Ditmer », une surface de 1.658 hectares a été mise en culture. D'autres travaux furent bientôt exécutés sur le domaine de l'Etat à Spantzov sur une surface de 1.500 ha., et sur le domaine de la couronne « Manastirea », où on a endigué 334 hectares. Il en a été de même pour 200 hectares de propriétés privées à Chiselet.

Néanmoins, les travaux ne pouvaient progresser d'une manière satisfaisante, faute d'une loi qui oblige les propriétaires des terrains inondables à contribuer aux efforts communs. Par la loi du 10 décembre 1910, on comble cette lacune en groupant les propriétaires intéressés dans des syndicats forcés, c'est-à-dire la loi disposant que toutes les fois que la majorité des propriétaires groupés dans une association décide d'entreprendre des travaux d'endiguement, les autres propriétaires sont tenus d'offrir leur concours à l'exécution de ces ouvrages. L'Etat lui-même fera partie de ces syndicats là où il possède des terrains limitrophes de ceux des propriétaires.

La loi du 10 décembre 1910 prévoit en outre la procédure de l'organisation des syndicats forcés, l'expropriation des terrains nécessaires, et crée un service des améliorations foncières, qui fut inauguré dans la même année et placé sous la direction de l'ingénieur inspecteur général A. Saligny.

Ce service a continué l'élaboration d'études très approfondies sur la région inondable du Danube et a exécuté de nombreux travaux qui furent interrompus par les guerres de 1913 et 1914.

La loi du 10 juillet 1929, actuellement en vigueur, crée l'Administration générale de la Pisciculture de l'Etat et des améliorations

des terrains inondables du Danube « P.A.R.I.D. », en régie autonome sous le contrôle du Ministère de l'Agriculture (58).

VIII. — BATIMENTS PUBLICS, MONUMENTS, ÉGLISES ET LEUR RESTAURATION

Nous avons montré dans un chapitre précédent que les bâtiments publics, monuments, églises sont les plus anciens travaux publics de la Roumanie.

Dès les premiers jours de son règne, le roi Carol I^{er} de Roumanie a fait un long voyage dans le pays. Il constate à cette occasion le degré d'abandon où se trouvaient les monuments et les magnifiques églises fondés par les anciens princes des provinces roumaines.

Il insiste pour que ces monuments soient restaurés sans retard.

Le gouvernement a répondu tout de suite à cette initiative royale en faisant appel au service du grand architecte et érudit Viollet-le-Duc, qui a restauré tant de splendides monuments de la France.

Malheureusement, Viollet-le-Duc était empêché de répondre à cette invitation, mais il a désigné un de ses élèves André Lecomte du Nouy, qui, après avoir fait de nombreuses études sur l'art byzantin, s'est rendu en Roumanie. Là, il a dirigé les travaux de restauration de plusieurs églises parmi lesquelles l'Eglise de Prince Negru de la Curtea de Arges (1517) et l'Eglise Trei Ierarchi de Iassy.

Après Lecomte de Nouy, une pléiade d'architectes roumains a contribué à maintenir et à sauver ce trésor d'art byzantin en exécutant de très importants travaux de restauration, parmi lesquels le plus important fut la restauration du Monastère princier de la

(58) Il faut encore faire mention dans ce chapitre des travaux publics forestiers (correction des torrents et défense contre les inondations) prévus par la loi sur l'administration des forêts du 25 avril 1930. Ces travaux sont d'une grande importance, car, par l'exploitation excessive de forêts de la Roumanie, les montagnes furent dénudées, ce qui entraîna de nombreux torrents et des inondations, causant chaque année des dégâts considérables pendant les périodes de dégel. Avant cette loi aucun texte de loi ne réglementait spécialement ce problème si grave, malgré que la nécessité d'une réglementation de cette question se fit sentir d'une manière très douloureuse, excepté un Journal du Conseil des ministres de 1927 qui créa le service de correction des torrents fonctionnant en Transylvanie seulement, selon les prescriptions du traité de Trianon (v. l'exposé des motifs de la loi du 25 avril 1930).

Curtea de Arges (1512-1526) exécutée par l'architecte Grégoire Cerchez (59).

Les travaux de restauration des monuments historiques seront désormais prévus par la loi du 28 avril 1913, modifiée par la loi du 29 juillet 1919 sur la conservation et la restauration des monuments historiques.

IX. — TRAVAUX D'URBANISME (60)

L'urbanisme en Roumanie, connaît 3 grandes étapes de son évolution :

1° La période avant les Règlements organiques (1832) ;

2° La période entre 1832-1863 (La loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, du 20 octobre 1864, et la loi communale du 31 mars 1864) ;

3° La période de 1864 à nos jours.

Les Règlements organiques sont les premiers textes de loi qui s'occupent de l'urbanisme en Roumanie (61). Ils prévoient l'alignement des rues de la capitale, et décrètent qu'elles devront avoir désormais une largeur de 12 mètres au moins.

Avant les Règlements organiques, les villes roumaines et la capitale présentaient un aspect patriarcal et primitif (62). Les rues n'étaient pas pavées et les municipalités n'avaient aucunes préoccupations d'urbanisme.

En 1847, on crée auprès du Ministère de l'Intérieur et dans le cadre de la Direction des Travaux publics, un service des bâtiments.

La loi communale du 31 mars 1864 prévoit dans son article 71 parmi les attributions des conseils communaux, l'ouverture de rues

(59) V. E. Lazar : *Architectura romaneasca* (Bul. Soc. Pol., an. XLV, pp. 1159 et suiv.) ; Duiliu Marcu : *Architectura si cladii* (*ibidem*, p. 1170).

(60) V. Cincinat Spitesco : *Urbanism... in România* (Bull. Soc. Pol., an. XLV, pp. 1418 et suiv.).

(61) V. Section IV^e du Règlement de Munténie, Section III^e du Reg. de Moldavie.

(62) Les maisons furent bâties d'après la seule fantaisie des propriétaires qui prenaient de la rue les parties qu'ils voulaient en sacrifiant son alignement ; afin que leurs bâtiments aient plus de lumière ils faisaient sortir les vérandas des maisons jusqu'à la moitié des rues. Autant les monastères étaient beaux et faisaient l'admiration des voyageurs étrangers, autant les bâtiments particuliers et les rues étaient négligés (v. N. Iorga : *Sate si orase in România*, Buc., 1905 ; Ionesco Sion : *Istoria Bucurestilor*, Buc., 1899 ; Ion Ionesco : *Istoricul Soc. Pol.*, 1927).

et places publiques et l'exécution des travaux d'alignement. L'article 119 de la même loi prévoit que les frais de ces travaux seront supportés par les communes.

La loi sur la Caisse des Travaux de la ville de Bucarest de 1894, est la première loi qui contienne des prescriptions d'urbanisme. La loi sur l'organisation de l'administration locale du 14 juin 1925, modifiée par la loi du 3 août 1929, la loi sur l'organisation de la ville de Bucarest du 7 février 1926, modifiée par la loi du 11 septembre 1929, etc., contiennent des importantes prescriptions d'urbanisme.



La distribution d'eaux dans les villes roumaines ne différerait pas, à l'époque des Principautés unies, du système pratiqué dans les villages. Un des premiers travaux d'aqueduc et de canalisation fut fait néanmoins sous le règne du prince Brâncoveano à Focsani (1683-1713) (63).

A Bucarest, les premiers travaux d'adduction d'eau furent commencés par le Prince Alexandre Ipsilanti (1774-1782) qui organisa un service des eaux. Plus tard, le prince Mavrogheni (1786-1888) créa une Direction des aqueducs.

A la fin du XVIII^e siècle, la ville de Bucarest a été aménagée avec des fontaines publiques et des aqueducs, avec branchements dans les maisons.

En 1849, on commence les travaux d'installation d'un château-d'eau aménagé de pompes à vapeur, construit d'après les projets de l'ingénieur français Marsillon, appelé en Munténie par le prince Stirbei. Ce service fut ensuite dirigé par un mécanicien français Guilbert.

Bientôt cette installation ne correspondait plus aux exigences des consommateurs, de sorte que le gouvernement roumain a dû faire appel, en 1872, à des spécialistes étrangers comme Lindley, Morris, Vauthérin, Bosquet des Champs, Mounier et Guilloux, qui contribuèrent avec leurs projets au perfectionnement du service des eaux de la capitale et d'autres villes de la Roumanie.

Finalement, ce service fut organisé définitivement sous la direction de l'ingénieur inspecteur général Elie Radu.

(63) V. Ing. D. Germani : *Alimentarea cu apa si canalizarea* (Bul. Soc. Pol., an. XLV, n° 10, pp. 1351 et suiv.).

Les travaux de canalisation marchèrent parallèlement aux travaux d'aqueducs. De même, on exécute en 1881-1886 les travaux de canalisation du fleuve Dambovitza, qui traverse Bucarest, ce qui fut le premier pas vers la modernisation de la capitale roumaine. La première rue fut aménagée avec des égouts en 1847. En 1880, on élabore le premier projet d'ensemble des égouts de Bucarest. Ces travaux furent exécutés par l'entrepreneur Boisguérin et la « Compagnie Marseillaise des Ciments du Midi ».

*
* *

La première usine produisant le courant électrique en Roumanie fut installée à Bucarest en 1882, un an après l'apparition de la lampe d'Edison, sur les ordres du roi Carol I^{er}, par la Société « Austrian Brush-Electrical Compagnie Ltd ».

Cette usine ne desservait pas encore la capitale, elle fournissait seulement le courant pour les besoins du Palais Royal et du Théâtre National.

La même Compagnie construit en 1884 l'usine électrique de Timisoara, qui fut la première installation sur le continent pour éclairer une ville avec un aussi grand nombre de lampes (731 réverbères ayant une intensité de 2.000-3.000 volts) (64).

L'éclairage de la ville de Bucarest à l'électricité fut créé comme service public en 1885. Avant cette date, la capitale était éclairée au gaz.

*
* *

Le service public des transports en commun de la ville de Bucarest, qui fut le premier en Roumanie, date de l'an 1871. La municipalité de Bucarest, par l'acte de concession du 3-15 juillet 1871, donne le droit de construire et d'exploiter les « chemins de fer américains » pendant la durée de 45 ans à M. H. H. de Mervée Slade (65).

Par cet acte de concession des tramways de Bucarest, le concessionnaire avait le droit de poser les rails et de faire circuler ses

(64) V. Ing. Stefanescu-Radu : *Distributia și utilizarea energiei electrice în România* (Bul. Soc. Pol., an XLV, pp. 1841 et suiv.).

(65) V. Ing. Gh.-Em. Filipescu : *Tramvaele și mijloacele de transport în comun...* (Bul. Soc. Pol., an XLV, pp. 1928 et suiv.).

wagons à traction par chevaux sur toutes les voies publiques limitativement énumérées dans le contrat.

Ce concessionnaire construit et exploite seulement 20 km. de lignes de tramways à traction animale, et comme le besoin s'en fait sentir, la Municipalité somme le concessionnaire de construire également les autres lignes prévues par l'acte de concession. Sur le refus de ce dernier la Municipalité publie une nouvelle adjudication pour la concession des lignes inachevées, et gagne le procès intenté par le concessionnaire qui prétendait avoir un privilège.

Par la nouvelle adjudication qui a eu lieu le 27 janvier 1889, les travaux furent attribués à la Société anonyme d'Entreprises de travaux de Liège et à une Compagnie hollandaise qui formèrent la « Société Anonyme Roumaine pour la construction et exploitation des chemins de fer et tramways ».

Les concessionnaires avaient le droit de construire et d'exploiter 5 lignes de tramways pendant 26 ans, c'est-à-dire jusqu'à 1916.

Mais bientôt, avec l'apparition du tramway à traction électrique les choses vont se compliquer à nouveau. En effet, pour répondre à la nécessité de développer les moyens de transports en commun qui devenaient insuffisants, la Municipalité décide de créer de nouvelles lignes électriques.

Par la loi du 14 avril 1909, la municipalité de Bucarest est autorisée à constituer une « Société Communale des Tramways de Bucarest », régie intéressée.

Les statuts de cette société furent approuvés par le Conseil Municipal et par le Conseil des Ministres (*Journal du Conseil des Min.*, n° 633 du 23 mai 1909). Après sa constitution, la société a construit des nouvelles lignes de tramways dont les trajets furent approuvés par la commune conformément aux dispositions des cahiers des charges.

Il ne restait plus qu'à inaugurer ces lignes quand un conflit surgit entre la Société Municipale des Tramways et les anciens concessionnaires des tramways à traction par chevaux. Ceux-ci refusèrent simplement de permettre à la Société municipale de faire traverser leurs rails par les nouvelles lignes électriques.

Devant ce refus la Société Municipale mit en cause la commune qui non seulement a refusé de donner le concours demandé, mais a déclaré purement et simplement la société comme légalement inexistante, en alléguant qu'elle avait été constituée en inobservation des formalités prévues par le Code de commerce pour les sociétés anonymes.

Le Gouvernement à son tour, par le *Journal*, n° 905, 1911, le Conseil des Ministres revient sur l'approbation des statuts de la société qu'il avait donné auparavant par le *Journal* n° 633, 1909, en les annulant comme illégaux. De plus, il fit voter une nouvelle loi, celle du 18 décembre 1911, par laquelle la création d'une nouvelle Société Communale des Tramways fut décrétée, qui ne pourra fonctionner qu'en vertu et conformément aux statuts qui font partie intégrante de ladite loi.

La décision du Conseil des Ministres fut communiquée à la Société Municipale par le maire, et le préfet de police fut chargé par le Ministère de l'Intérieur d'arrêter tous les travaux de la Société exécutés alors dans les rues de la capitale.

Le procès intenté par la Société et jugé par les instances ordinaires reste célèbre dans le droit public, car c'est à cette occasion que la question de l'inconstitutionnalité des lois fut posée et examinée pour la première fois par les tribunaux roumains.

Après avoir tranché ce conflit, rien ne s'opposera plus au développement de ce service public, si bien qu'en 1930, la S. T. B. exploite un réseau de 64,8 km. de lignes à traction électrique.

Dans les autres villes de Roumanie les tramways furent construits à Timisoara en 1869 (électrifiés en 1899) ayant à présent un réseau de 17 km. ; Chisinau, 1895 (1914), 14 km. ; Cernauti (1897), 6,5 km. ; Iasi, Oradea-Mare, Galatzi, Braïla, Sibiu, etc.

X. — L'AMÉNAGEMENT DES CHUTES D'EAU, L'ÉNERGIE HYDRO-ÉLECTRIQUE (66)

La découverte de la « houille blanche » par Aristide Berges en 1889, marque une nouvelle époque dans l'économie politique des pays possédant cette richesse naturelle et pose de nombreux problèmes aux législateurs. En effet, les lois réglementant le régime

(66) V. Ing. Cristea Niculesco : *Amenajarea Caderilor de apa* (Bul. Soc. Pol., an. XLV, pp 1340 et suiv.) ; Ing. Stefanescu-Radu : *Distributia si utilizarea energiei electrice in România* (ibidem, pp. 1848 et suiv.) ; Ing. Const. Budeanu : *Producerea si transportul energiei electrice* (ibidem, pp. 1878 et suiv.) ; Ing. D. Germani : *Amenajarile hidroelectrice dela Resita*, Buc., 1928 ; G. C. Cristesco : *Le droit des riverains à l'utilisation de la force motrice des cours d'eau non navigables ni flottables*, Paris, thèse, 1902 ; C. D. Busila : *Problema energiei in Rom.*, Buc., 1920 ; Ing. Ion G. Rarincesco : *Electrificarea României*, Rapports préparés par le Comité national roumain, pour... la conférence mondiale de l'énergie, qui a

des eaux en Roumanie, comme dans tout autre pays, n'avaient à résoudre, avant l'apparition de la houille blanche que les problèmes de la navigation des travaux d'amélioration des terrains inondables, et ceux d'irrigation en vue d'intensifier la production agricole (67). Quant à la force motrice des eaux elle était, avant l'intervention de la législation sur la force hydro-électrique, indissolublement liée à la propriété de la rive. Les riverains avaient le droit d'usage de la force motrice des eaux pour les installations de moulins ou d'usines, avec l'approbation de l'Administration. Pour avoir le droit à la force motrice il fallait donc être propriétaire riverain (68).

L'apparition de la houille blanche a révélé le grave inconvénient de ce système : un industriel qui voulait aménager une chute d'eau devait acquérir d'abord le droit à la force motrice de l'eau, c'est-à-dire devenir propriétaire de la rive. On a vu alors les propriétaires de la rive, les fameux « barreaux de chutes », formuler des exigences excessives, rendant l'achat de la rive extrêmement onéreux et empêchant ainsi la réalisation des projets les mieux établis, de sorte que les industriels ont dû souvent renoncer à leur projet (69).

C'est pourquoi les législateurs des différents pays ont dû intervenir, en décrétant que l'énergie électrique était chose d'Etat et que c'est lui, l'Etat, qui désormais va disposer de cette richesse à son gré, en permettant de l'attribuer aux concessionnaires choisis qui présenteront la meilleure garantie technique et financière.



Déjà dans l'antiquité les chutes d'eau furent employées comme force motrice des moulins et des fouloirs. Les Romains en exploitant les riches mines d'or de la Dacie se sont servis de ces fouloirs mises en mouvement par la force des eaux. En France, l'édit royal du 20 mai 1547 sur les eaux et les Codes de Matei Bas-

eu lieu à Berlin en 1930 ; Ing. Boeresco Cezar : *Energia*, Buc., 1930 ; Ing. Dorin Pavel : *Capacitatea electrica a României*, Buc., 1929 ; Ing. Dr. A. Pastia : *Centrala hidro-electrica pe râul Bistrita la Bocancea*, Buc., 1929 ; Ing. D. Leonida : *Legea apelor*, Buc., 1922.

(67) J.-H. Vermeulen : *Regimul juridic al apelor in România*, Buc., pp. 4 et suiv.

(68) V. Achille Mestre : *Cours de doctorat 1931-1932*, Paris (Matières administratives).

(69) V. Achille Mestre : *op. cit.*, pp. 14 et suiv.

sarab (1640) en Roumanie ont déjà réglementé le régime des eaux en tant que forces motrices. Néanmoins la législation des chutes d'eau comme génératrices d'énergie hydro-électrique, est d'une date très récente.

La première usine hydro-électrique de la Roumanie actuelle fut installée en 1897. Elle fut en ce moment la troisième dans le monde entier, après les usines de Niagara (Buffalo) et de l'Etsch (Bozen-Meran).

Cette usine fut installée dans la Valea Sadului a Sibiu, par une société d'industriels de cette ville, qui obtint la concession de cette chute en 1894. Le projet et l'exécution sont dus à l'ingénieur Oscar Miller. L'installation fut monophasique de 5.000 volts, avec des transformateurs à 105 v. et 42 périodes, ayant 32 électromoteurs à 130 CV.

Quelques années après on installe les usines de Sinaia sur Praghova (1.000 k.-w.) qui furent construites par la Société Lehmayr d'après les projets de l'ingénieur Elie Radu, en utilisant une chute de 17 mètres.

Les premiers textes de loi qui ont réglementé le régime de l'énergie hydro-électrique en Roumanie, ont été insérés dans la loi sur le régime des eaux du 4 août 1921, modifiée par les lois du 27 juin 1924 et 28 avril 1926, et la loi sur l'énergie du 4 juillet 1924, modifiée par la loi du 7 juillet 1930.

Cette législation a donné un grand essor aux travaux d'aménagement des chutes d'eaux, en effet du chiffre total de 80.000 CV d'énergie hydro-électrique qui se trouve aménagé en 1931 (70), presque la moitié fut installée après 1924.

Les principales usines hydro-électriques de production et transmission de l'énergie, sont les suivantes, sans compter celles déjà mentionnées :

Resitza (1901-1904) utilisant une chute d'eaux de 210 m., ayant 2 barrages de 11,5 et 27 m., de 5.400 k.-w.

Sibiu Valea Sadului II (1906) utilisant une chute de 48,3 m., ayant un réservoir de 200.000 m³, de 12.000 v. courant monophasique.

Cluj sur Somesul-Rece I (1906), 1.200 CV trois phases 15.000 v., II (1908), 1.500 CV (régies municipales).

(70) V. la Statistique du Ministère de l'Industrie et du Commerce, cité par C. Mutaesco, *op. cit.*, p. 1346.

Brasov-Vulcan (1913), 1.000 CV, 1.100 k.-w. (régie municipale).

Câmpina (1921), 2.625 k.-w. et 3.150 k.-w.

Dobresti-Bucuresti (1928-1930) 22.800 CV (régie municipale), utilisant une chute d'eau de 300 m. du fleuve Ialomitza, ayant un réservoir de 555.000 m³, 16.000 k.-w., etc...

XI. — L'ÉLECTRIFICATION DES CHEMINS DE FER (71)

La seule ligne de chemin de fer électrique qui existe actuellement en Roumanie est celle du chemin de fer d'intérêt local Arad-Podgoria, de 60 km.

En 1929 on vote la loi sur l'électrification de la ligne Bucuresti-Brasov (Loi du 3 août 1929), et les travaux ont commencé en 1932, d'après les projets de M. D. Leonida, professeur à l'Ecole Polytechnique de Timisoara.

XII. — T. S. F., RADIO-DIFFUSION

Le premier poste de T. S. F. de Roumanie fut installé en 1905 à Constantza par le Service de Navigation Maritime Roumain (S. M. R.) (72).

Pendant la guerre de 1914, plusieurs postes de T. S. F. furent installés par le Ministère de la Défense nationale. Après la guerre un service de T. S. F. fut réorganisé et agrandi.

La radio-émission commence officiellement en Roumanie en 1928, par l'installation du poste émetteur de la Société roumaine de Radio-émission à Bucarest, et du poste de l'Ecole Politechnique de Bucarest.

En 1929, on mit en fonction le poste de Radio-Bucarest (12 k.-w.) de Baneasa, construit par la Compagnie « Marconi's Wireless Telegraph Co Ltd, London ». En 1932, la même Compagnie construit un second poste émetteur à Blaj.

(71) V. C. Budeanu, prof. à l'E. P. de Buc. : *Tractiunea electrica*, dans *Centenarul C. F.*, cité.

(72) V. C. Ianculesco : *Telefonie Ist. desv. tech. in Rom.*, vol. II°, p. 1950.

XIII. — TRAVAUX PUBLICS EXÉCUTÉS PAR LE GÉNIE MILITAIRE

Les régiments de génie de l'armée roumaine ont construit en Bessarabie de nombreuses routes nationales et ont exécutés les travaux de normalisation des réseaux des chemins de fer de la Bessarabie. Ils ont encore construit les lignes de chemin de fer Titu-Târgoviste et Cotesti-Turnu-Margurele (73).

XIV. — AMÉNAGEMENT DES TERRAINS DÉGRADÉS
PAR LA GUERRE DE 1916-1918

Le décret-loi du 4 juin 1920 (M. O. du 15 juin 1920) prévoit de grands travaux publics destinés à la réfection des régions dévastées par la guerre. Ces travaux furent exécutés bientôt par entreprise. Un autre décret du 29 avril 1920 prévoit l'expropriation pour cause d'utilité publique des terrains nécessaires aux monuments et tombeaux des combattants morts en Roumanie.

(73) V. Général Sc. Panaitesco : *Arma geniului* (Bul. Soc. Pol., an. XLV, pp. 1117 et suiv.) ; N. I. Petculesco : *Constructiuni de cai ferate* (ibidem, p. 1287).

PREMIÈRE PARTIE

Théorie générale des travaux publics

CHAPITRE PREMIER

La définition des travaux publics

La délimitation précise de la notion de travaux publics présente dans le droit français une importance primordiale, étant donné que les travaux publics sont soumis en France à un régime juridique qui diffère à de nombreux égards du droit commun, et que leur contentieux est de la compétence des tribunaux administratifs.

Néanmoins, il est curieux de constater que le législateur français ne donne nulle part une définition des travaux publics (74). C'est à la jurisprudence qu'est revenu le rôle de combler cette lacune législative, et elle s'en est acquittée si bien que le législateur lui-même a rendu hommage à la façon dont la jurisprudence a dégagé le critérium de « travail public » (75).

Avant d'examiner les éléments qui composent la définition du travail public, une question préliminaire s'impose : celle de la double notion de travail public. Cette dualité réside dans la double signification du mot « travail ». En effet l'expression de travail

(74) L'expression « travaux publics » se trouve dans plusieurs textes de lois, notamment dans le décret des 7-11 oct. 1790, dans l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII qui a attribué aux Conseils de préfecture tout le contentieux de ces travaux, et dans l'art. 3 de la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique. Mais nulle part le législateur n'en a donné la définition (Christophle, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 1).

(75) V. le rapport au Sénat sur la loi de 1891 sur l'extension à tous les travaux publics du décret du 26 pluviôse an II, cité par Mare Noël, *op. cit.*, p. 16.

public renferme deux notions distinctes : dans un sens *actif* elle désigne une *opération* qui consiste à construire un ouvrage d'utilité publique. En ce sens on parle de la construction d'une ligne de chemin de fer, de travaux de canalisation ou bien d'endiguement des régions inondables, etc.

Dans le sens *passif*, au contraire, l'expression de travaux publics désigne l'*ouvrage achevé*. En ce sens on dira : une ligne de chemin de fer, un égout, une digue, etc. (76).

Cette double signification correspond à deux phases distinctes du travail public : l'exécution de l'ouvrage et l'ouvrage achevé :

I	II
<i>Exécution des travaux publics</i>	<i>Travaux publics achevés</i>
Opération, activité.	Immeuble.
Déclaration d'utilité publique. (Expropriation).	Réception.
Modes d'exécution (la régie, le marché, la concession).	Période de garantie.
Exécution des travaux.	Responsabilité à raison des dommages causés par le travail public achevé.
Responsabilité à raison des dommages causés à la suite de l'exécution des travaux.	Domaine public.
	Servitudes d'utilité publique.

Après avoir ainsi précisé ce qu'on doit entendre par l'expression de travaux publics, nous nous occuperons de leur définition.

Toute la matière des travaux publics a été construite par la jurisprudence du Conseil d'Etat. C'est donc à une définition jurisprudentielle qu'il faut nous référer (77).

(76) V. Achille Mestre : *Cours de Doctorat professé à la Faculté de Droit de Paris*, année 1928-1929, Introduction ; Maurice Hauriou : *Dr. adm.*, 10^e éd., p. 719 ; René Capitant : *La double notion du travail public*, Extr. de la *Revue du Dr. publ.* et de la *Sc. Pol. en France et à l'Etr.*, Paris, 1929. Cette distinction n'est cependant qu'une question de terminologie. Elle a été adoptée pour la commodité de l'exposition. Les deux éléments de l'opération du travail public sont les deux parties de la même matière qui donnent lieu en France à un contentieux global, donné par la loi du 28 pluviôse an VIII, à la compétence du Conseil de préfecture en première instance et au Conseil d'Etat en appel (v. M. Hauriou : *op. cit.*, 10^e éd., p. 719).

(77) V. Achille Mestre : *op. cit.*, p. 49.

Par cela cette branche du droit adm. français peut être comparée avec le *common-law anglais*, que le professeur J. Chipman Gray définit : « un droit fait

Cette énonciation nous paraîtra encore plus juste si nous cherchons à trouver une définition des travaux publics dans le droit roumain. Des nombreux textes législatifs parlent des travaux publics (*lucrari publice*) et des travaux d'utilité publique (*lucrari de utilitate publica*) (78) sans cependant leur donner une définition. Comme le contentieux des travaux publics en Roumanie paraît être abandonné à la compétence des tribunaux ordinaires, et que, d'autre part, leur régime juridique spécial n'est pas encore tout à fait dégagé par la jurisprudence, la doctrine n'a pas trouvé d'intérêt à préciser la notion de travail public.

En France, la jurisprudence du Conseil d'Etat s'est fixée aujourd'hui en dégageant les trois caractères essentiels des travaux publics :

1° Les travaux publics sont toujours faits sur un immeuble. Il s'agit toujours d'un immeuble qu'on construit, démolit ou entretient.

2° Ces travaux sont faits par l'Administration (Etat, départements, communes, établissements publics) ou pour son compte.

3° Ils poursuivent un but d'utilité publique (79).

On peut donc donner la définition suivante aux travaux publics : *Les travaux publics sont des ouvrages techniques de construction, conservation ou démolition, faits sur immeubles, par une personne de droit public ou pour son compte dans un but d'utilité publique.*

Cette définition — qui est admise aujourd'hui par la grande majorité des auteurs — a été acquise par la jurisprudence administrative, après une longue évolution sur laquelle il serait utile de nous arrêter un instant.

Si nous jetions un regard rétrospectif sur le chemin parcouru par la jurisprudence, nous trouverions quatre théories auxquelles

les juges » (v. Edouard Lambert : *Le gouvernement de juges*, p. 16). « Ce droit — dit M. Lambert — n'est écrit que dans les sentences judiciaires. C'est donc équivalent de ce que nous appelons en France la jurisprudence, avec cette différence que chez nous... la jurisprudence met en œuvre des textes législatifs, tandis que les cours des pays de common-law interprètent une coutume qui, avant la consécration législative, n'était écrite nulle part ».

(78) Parmi ces textes le plus important et le plus originel est la loi constitutionnelle du 29 juin 1917, modifiant l'art. 19 de la Constitution du 30 juin 1866, qui fait une énumération extrêmement large des travaux d'utilité publique.

(79) V. les conclusions de M. le Commissaire du gouvernement Corneille. Arrêt Commune de Monségur, C. d'Et., 20 juin 1921, *Rev. de Dr. publ.* 1921.

pendant très longtemps on avait rattaché la notion de travail public.

Examinons à la lumière de la jurisprudence évoluée et de la doctrine la plus récente ces opinions presque unanimement abandonnées aujourd'hui :

1. *Un ouvrage n'aurait le caractère de travail public que dans la mesure où il aurait été autorisé par l'administration et où son exécution aurait été précédée des formalités prescrites par les lois et règlements en vigueur* (80).

Cette théorie a comme point de départ un principe fondamental du droit public d'après lequel les dépenses publiques doivent être régulièrement votées et autorisées. Les travaux publics engageant les finances publiques ne pourraient être effectués qu'après l'approbation des projets et l'ouverture des crédits nécessaires.

Pratiquement cette théorie se trouvait appliquée a) toutes les fois qu'un particulier non autorisé s'immisçait dans la gestion administrative, en faisant exécuter des travaux d'utilité publique (81) ; b) lors d'une action en dommages occasionnés par l'exécution des travaux publics (82). Il s'agit dans ce cas-là de fixer une responsabilité ; l'Administration ne sera pas tenue de réparer les domma-

(80) Perriquet : *Traité des travaux publics*, t. I^{er}, p. 2 ; Foucart : *Eléments de droit public et adm.*, t. II^e, n° 1007 ; Macarel : *Cours d'administration*, t. III^e, p. 430 ; Porée et Cuenot : *Traité de travaux publics*, p. 889 ; Aucoc : *Conférences sur le dr. adm.*, 2^e éd., n° 741. — Poitiers, 18 juillet 1881, D. P. 1882.2.233, *Hollier et Mossard* : « ... Attendu que la qualité de travaux publics n'appartiendrait aux travaux entrepris par les appelants que dans le cas où les formalités légales auraient été remplies pour l'ouverture administrative des opérations... », en ce sens : Cass., 15 mars 1881, D. P. 1881.1.355, *Commune de Vaison*.

(81) Le fait par un particulier d'avoir fait exécuter à ses frais, sans autorisation du Conseil municipal la fonte et la pose d'une cloche dans l'église paroissiale, ne constitue pas un marché de travaux publics, mais un quasi-contrat de gestion d'affaire dont la connaissance appartient à l'autorité judiciaire. Dijon, 12 mai 1863, D. P. 1863.2.143, *Comte Lacroix*. Les travaux effectués au moyen de souscriptions volontaires ne présentent pas le caractère de travaux publics. C. d'Et., 12 mai 1868, Lebon, p. 547, *Puques et C^{ie}*.

(82) V. les conclusions de M. le Commissaire du gouvernement Belbenf, C. d'Et., 28 mai 1868, Lebon, 612, *Thome et C^{ie}*, et C. d'Et., 12 mai 1869, Lebon, 450, *Beauchamps* : « ... Il faut que le dommage résulte de l'exécution de travaux publics... que le travail ait été régulièrement autorisé, par un acte de l'autorité compétente... L'une ou l'autre de ces conditions venant à faire défaut, le dommage... ne peut plus être considéré comme conséquence d'un travail public, et la connaissance de la contestation appartient à l'autorité judiciaire. » V. aussi Trib. des Confl., 1^{er} mars 1873, D. P. 1873.3.71, *Deyrolles* : « ... Considérant que les travaux dont se plaignent les demandeurs ont été exécutés... par la C^{ie} de

ges que si les entrepreneurs ou concessionnaires ont agi sur les ordres de l'Administration, ou bien si l'Administration, dûment autorisée, a exécuté elle-même les travaux en question. Dans le cas contraire, les travaux seront privés, et les entrepreneurs ou concessionnaires qui auraient causé des dommages aux particuliers en exécutant des travaux, seraient justiciables devant les tribunaux ordinaires. La jurisprudence civile et administrative était constante en ce sens, statuant que lorsqu'un concessionnaire ou entrepreneur exécute des travaux non autorisés, et que ces travaux causent des dommages à un propriétaire riverain, il appartient aux tribunaux judiciaires de statuer sur l'action en indemnité, bien que le travail dont il s'agit ait pour objet de faciliter l'entreprise principale.

c) Lorsque les entrepreneurs ou concessionnaires exécutent des travaux supplémentaires non autorisés (83). Ces travaux ne furent pas reconnus comme ayant le caractère public.

Après de nombreuses hésitations la jurisprudence administrative a définitivement abandonné ce critérium trop étroit. C'est la théorie de la gestion d'affaire qui lui a porté ce coup mortel. En effet, dans certains cas très urgents, les formalités administratives trop compliquées, auraient empêché les autorités locales ou bien les simples particuliers, d'intervenir en vue d'éviter par certains travaux, un danger imminent, comme par exemple une inondation. Il en était de même lorsqu'un entrepreneur exécutait des travaux supplémentaires afin d'éviter la dégradation d'un ouvrage en construction, à la suite de circonstances imprévues.

Le Conseil d'Etat, en admettant l'idée de la gestion d'affaires en matière des travaux publics, s'est déclaré seul compétent pour vérifier, à l'instar d'une autorité tutélaire, l'utilité des travaux effectués par les gérants d'affaires (84).

chemin de fer P.-L.-M., sans qu'ils aient été autorisés par l'administration, que dès lors la demande en dommage formée contre la C^{ie} de chemins de fer, à raison de ces travaux relève de la compétence des tribunaux civils. » En ce sens : Cass., 22 août 1860, D. P. 1861.1.83, *Bosq* ; 29 janv. 1861, D. P. 1861.1.123, *Thilboust* ; Trib. des Confl., 16 juillet 1881, Lebon, 719, *Dame Anna Mary c. Ch. de fer de l'Ouest* ; 19. nov. 1881, Lebon, 923, *Duru* ; Limoges, 19 juillet 1870, D. P. 1871.2.156, *Ch. de fer d'Orléans*, etc.

(83) V. *supra*.

(84) ... « Attendu... que si les travaux eussent été ordonnés dans les formes voulues, si les avances eussent été régulièrement autorisées, la juridiction administrative eut été seule compétente pour statuer sur les contestations qui auraient pu naître de ce marché ; qu'à plus forte raison, il doit en être de même alors que les travaux ont été faits irrégulièrement et qu'il n'y a eu qu'un simple

De plus, la théorie de l'autorisation péchait encore en ceci, que le simple fait d'avoir obtenu l'autorisation administrative pouvait donner le caractère public à un travail purement privé (85). En abandonnant cette théorie la jurisprudence a cherché dans *la nature et la destination des travaux* leur caractère public (86).

Il est encore jugé que le non-accomplissement de certaines formalités préalablement requises à l'exécution ou constitutives à l'opération des travaux publics, ne saurait modifier leur caractère public (87).

Même en admettant la thèse contraire, la question se pose : quelles sont les formalités visées ?

Examinons d'abord la première série d'actes constituant les *formalités préliminaires* d'un travail public, savoir : la déclaration d'utilité publique et l'enquête. Selon M. Hauriou (88), la déclaration d'utilité publique est relative à l'expropriation (Or l'expropriation n'est qu'un incident préliminaire de travaux publics). Donc, l'observation de cette formalité ne pourrait pas modifier le caractère

quasi-contrat sans quoi rien ne serait plus facile que d'enlever à l'administration la tutelle qui lui est confiée sur les intérêts des établissements publics, des communes... qui sont assimilés à des mineurs et rendre impossible le contrôle qui lui appartient sur les travaux ayant un objet d'utilité générale ». Agen, 11 juillet 1867, D. P. 1867.2.190, *Labastide* ; v. encore : Trib. des Confl., 26 juin 1880, Lebon 613, *Valette* : « l'obligation de la commune serait subordonnée à l'utilité des travaux effectués et que l'adm. est seule compétente pour procéder à cette vérification. » Trib. des Confl., 15 janv. 1881, Lebon 79, *Dasque*. En ce sens : Cons. d'Et., 16 mai 1879, Lebon 399, *Lefèvre* ; 6 févr. 1885, Lebon 161, *Commune de Haillan* ; 8 déc. 1882, Lebon 1011, *Commune de Marnes-la-Coquette*, etc.

(85) Par exemple le cas d'un chemin de fer industriel desservant une exploitation forestière, ou bien l'établissement d'une industrie insalubre.

(86) Cass., 29 mars 1864, D. P. 1864.1.232, *Debey* ; Trib. des Confl., 28 févr. 1890, Lebon 242, *Chagrot* : ... « Considérant que ces travaux... avaient à raison de leur objet et de leur destination le caractère de travaux publics » ; 29 juin 1895, S. 1897.3.49, *Réaux*, avec la note de M. M. Hauriou ; 2 mars 1901, Lebon 253, *Dome V^{re} Lacaille* ; Cass., 1^{er} déc. 1902, D. P. 1903.1.87, *Commune de la Falaise* : ... « Attendu... que le caractère de travail public dépend de l'objet des travaux et non l'accomplissement des formalités qui doivent les accompagner. » En ce sens : Cass., 25 janv. 1904, D. P. 1904.1.297, *Epoux Rollet* ; 4 avril 1916, D. P. 1921.1.44, *Guindon* ; 19 juillet 1922, D. P. 1926.1.64, *Ville de Burges* ; 25 avril 1923, D. P. 1926.1.64, *de Saulty* ; Montluçon, 18 janv. 1928, D. P. 1930.2.139, *De Lavergnolle*, et la note de M. Blaevot ; v. la note de M. Achille Mestre, Cass., 28 janv. 1924, Sirey, 1924.1.289, *Desautry*.

(87) V. C. d'Et., 5 mai 1893, S. 1895.3.1, *Sommelet*, et la note de M. Hauriou ; C. d'Et., 2 janv. 1894, S. 1896.3.3, *Lebreton*, et la note de M. Hauriou ; 14 nov. 1879, Lebon 157, *Bourgeois*.

(88) *Notes d'arrêts*, t. III, p. 392.

intrinsèque de travaux publics (89). En effet, lorsque les travaux exécutés, n'ont pas été précédés par la déclaration d'utilité publique, deux hypothèses peuvent se présenter ; ou bien c'est l'Administration qui a exécuté les travaux irréguliers, ou bien c'est un particulier, un gérant d'affaires. Mais dans les deux cas, le comptable de fait ou le gérant d'affaires, après avoir achevé l'ouvrage, se retournera en action de gestion d'affaire pour se faire rembourser les dépenses utiles qu'il a effectuées pour le compte de l'Administration. L'affaire arrivera devant le Conseil de Préfecture, qui aura la possibilité d'examiner l'utilité de ces travaux. S'il trouve que les ouvrages présentent le caractère d'utilité publique, il condamnera l'Administration à indemniser le gérant d'affaires, et par cette procédure détournée, il pourra à l'instar d'une autorité tutélaire, suppléer à la déclaration d'utilité publique.

En ce qui concerne les *formalités constitutives* des travaux publics qui sont les décisions des autorités compétentes pour statuer sur les projets des travaux, ici encore le Conseil de Préfecture et le Conseil d'Etat en appel, comme suite à l'action du gérant d'affaires, pourrait donner, en admettant l'action, une approbation ultérieure et implicite aux projets irréguliers, en tant que les travaux effectués par le gérant d'affaires ont profité à l'Administration.

Il ne faut pas compter parmi les formalités constitutives des travaux publics, celles qui sont relatives aux marchés de travaux publics. Ces formalités n'appartiennent en effet qu'au mode d'exécution des travaux. L'absence d'adjudication ne pourrait enlever le caractère public des travaux effectués dans un but d'utilité publique pour le compte de l'Administration (90).

Il est donc évident que le Conseil d'Etat, en adoptant la théorie de la gestion d'affaire en matières administratives, a dû nécessairement abandonner la théorie trop rigide des formalités administratives préalables en la remplaçant par l'idée que les travaux publics tiennent ce caractère de leur *nature, objet, destination*. On rencontre ces expressions, dans de nombreux arrêts, et par ces expressions prises dans un sens synonyme, la jurisprudence se rattache au caractère *intrinsèque* des travaux d'utilité publique.

M. Mestre (91) combat cette nouvelle théorie de la *destination* des travaux, en la considérant inacceptable et peu pratique. Les crité-

(89) Arrêts *Sommelet* et *Lebreton* ci-dessus cités.

(90) V. Cons. d'Et., 14 nov. 1879, *Lebon* 157, *Bourgeois*.

(91) *Cours de doct.* 1928-29, p. 87.

ques de M. Mestre sont relatives à l'hypothèse ou par exemple une même usine hydro-électrique fournit une partie de son courant à des services publics et une autre partie à des usagers purement privés. Il y a donc une *destination mixte* de ce travail public qui est une usine hydro-électrique, et par conséquent serait-il le travail public seulement dans une *quote-part*, dans la mesure où sa destination serait de satisfaire un intérêt public ?

De plus, lorsqu'on aménage une chute d'eau, il arrive souvent qu'on ne peut pas préciser d'avance l'usage qu'on fera du courant produit par cette usine (92). Il n'aura très souvent qu'une *destination éventuelle* : desservir les usagers d'un service public d'éclairage. Doit-on donc la considérer comme un travail purement privé ?

Supposons qu'un dommage soit causé par les travaux d'aménagement de la chute d'eau à un propriétaire riverain, et que celui-ci intente une action en justice afin d'obtenir une réparation de son préjudice. Une question grave est alors soulevée ; quel est le tribunal compétent pour statuer sur la demande en indemnité ? Est-ce le Conseil de Préfecture ou bien les tribunaux de droit commun ? Pour pouvoir trancher ce conflit, doit-on attendre jusqu'à ce qu'on sache si les travaux d'aménagement de la chute d'eau seront destinés à l'usage public du courant ou bien à l'usage d'une industrie privée ? Voilà le grave inconvénient auquel cette théorie aboutit.

C'est pourquoi le Conseil d'Etat a implicitement abandonné cette théorie dans l'arrêt de Ségalas, car en déclarant les aménagements de chutes d'eaux travaux publics, il se fonde sur toute autre considération que la destination des travaux (93).

2. *Seuls les travaux effectués sur le domaine public seraient des travaux publics.*

Bien que cette théorie fut déjà, en 1866, l'objet de vives critiques de la part du Commissaire de gouvernement Aucoc (94), elle

(92) V. M. Mestre, *op. cit.*, *ibidem*.

(93) Cons. d'Et., 22 juin 1928, S. 1928.3.113.

(94) Cons. d'Et., 8 mars 1866, Lebon 230-32, D. P. 1867.3.11, *Lafond-Pasquier* : « Il nous est impossible d'accepter cette définition des travaux publics... D'abord ce serait résoudre une question controversée par une question plus controversée encore. Le Conseil n'ignore pas combien les lacunes des art. 538 et 540 C. Nap. sur la définition du domaine public ont laissé de place aux discussions des auteurs... » « Il faut chercher un signe plus simple et qui ne donne lieu à aucune controverse pour reconnaître les travaux publics ».

s'est maintenue assez longtemps auprès du Conseil d'Etat (95) et d'une partie de la doctrine (96).

En acceptant cette théorie très simpliste comme un critérium des travaux publics, les tribunaux considéraient que les travaux faits sur le domaine public seraient des travaux publics, par contre, les travaux réalisés sur le domaine privé seraient des travaux privés.

Dans une autre phase plus avancée de la jurisprudence, on a établi un certain parallélisme entre ces deux notions qui se couvrent plus ou moins ; le domaine public et le travail public, sans en tirer de ce fait des conclusions trop éloignées.

Enfin, dans de nombreuses décisions les tribunaux ont fait intervenir l'idée de l'accessoire, pour donner le caractère public à des travaux faits sur le domaine privé (97).

La jurisprudence du Conseil d'Etat a définitivement abandonné aujourd'hui cette théorie, non seulement parce qu'elle aboutissait à une limitation de sa compétence, alors que dans cette matière, le Conseil d'Etat montre depuis longtemps une tendance contraire, mais aussi parce que le critérium d'après lequel la notion du travail public devait être attachée à l'idée du domaine public ne pouvait pas résister à un examen rigoureux.

En effet, s'il est vrai que toute dépendance immobilière du domaine public possède virtuellement le caractère d'ouvrage public, il n'en résulte pas, *a contrario*, que les travaux faits sur le domaine privé ne pourraient être des travaux publics (98).

(95) V. Cons. d'Et., 7 janv. 1858, Lebon 27, *Fayolle* ; 20 déc. 1878, Lebon 1071, *Ville de Béziers* ; Trib. des Confl., 13 déc. 1884, Lebon 910, *Neveux* ; 10 nov. 1900, Lebon 608, *Espitailler* ; Cons. d'Et., 26 juillet 1901, Lebon 704, *Comm. des Tourettes* ; 27 juillet 1906, Lebon 700, *Permanne* ; Trib. des Confl., 23 mars 1907, Lebon 412, *Roumens* ; Agen, 9 juin 1909, D. P. 1909.2.359, *Comm. de Fleurance*, etc.

(96) V. Félix Moreau : *Manuel de dr. adm.*, Paris, 1909, p. 705 ; Christophle : *op. cit.*, t. I^{er}, p. 3 ; Serrigny : *Traité de la compétence*, t. I^{er}, n° 675 ; Tarbé de Vaublairs : *Dictionnaire*, V^o *Trav. Publ.*, Trolley, *op. cit.*, t. V^o, n° 2617. — Pour la doctrine contraire, v. Hauriou : *Précis de Dr. adm.*, 2^e éd., p. 758 ; Mestre : *Cours de doctorat* 1928-29, et la note au Sirey 1922.2.89 ; Noël : *op. cit.* ; Soultz : *Travaux publics sur le domaine privé* (*Rev. crit. de légis. et jurispr.*, t. IXL, 1929, p. 587).

(97) Cons. d'Et., 9 juin 1899, D. P. 1900.3.89, *C^{ie} Générale des Eaux* ; 13 déc. 1901, D. P. 1903.3.37.

(98) V. Hauriou : *Dr. adm.*, 12^e éd., p. 903, note.

Voici les principales phases de la jurisprudence qui a combattu victorieusement la théorie du caractère domanial des travaux publics :

Les travaux faits sur un chemin privé en vue d'établir des tuyaux destinés à conduire les eaux d'un aqueduc à un abattoir public, ont le caractère de travaux publics (Cass., 27 fév. 1872, D. P. 1872.1.76 *Genella*).

Au contraire, l'établissement sous la voie publique et avec l'autorisation de l'administration d'un branchement destiné à amener les eaux dans une propriété particulière, ne constitue pas un travail public (Conseil d'Etat, 4 août 1876, Lebon, 778, *Ville de Paris*).

L'abandon de la théorie en question est nettement marqué par les arrêts qui décident que les travaux de plantation de supports destinés à soutenir les fils électriques du service P. T. T. sont des travaux publics (Conseil d'Etat, 23 janv. 1885, Lebon, 95. *Demoiselle Castaing*, et la note de M. Th. Ducrocq dans D. P. 1885.3.34).

De même il est décidé par un arrêt du Conseil d'Etat (6 mars 1866, Lebon, 230, *Lafond-Pasquier*, sur les conclusions de M. le Commissaire du gouvernement Aucoc) d'une manière implicite, que les travaux d'un établissement thermal de l'Etat, sont des travaux publics. En ce sens : Conseil d'Etat, 20 fév. 1880, D. P. 1881.3.3, *Ville de Cannes* les travaux effectués dans un immeuble du domaine privé de la commune, loué à la gendarmerie et devenu caserne, ont le caractère de travaux publics.

Les travaux des associations syndicales sont des travaux publics, quoi qu'ils soient exécutés sur les propriétés privées des membres de l'association (Trib. des Conf., 9 déc. 1899, Lebon, 731).

Les travaux de déblaiement des régions libérées sont des travaux publics, quoique exécutés sur les propriétés privées (Conseil d'Etat, 22 mars 1922, Lebon 255, *Ministre des régions libérées*).

Les travaux de construction des habitations à bon marché ouvrières exécutés sur le domaine privé, sont des travaux publics (Conseil d'Etat, 30 déc. 1927, Sirey, 1928.3.100).

Quel est l'argument invoqué par le Conseil d'Etat en faveur de la nouvelle jurisprudence ?

De nombreux arrêts nous montrent que lorsqu'il s'agissait d'un travail fait sur le domaine public, *c'est l'intérêt privé ou public qui détermine le caractère de ce travail*. En effet, il y a des cas où les travaux, bien qu'exécutés sur le domaine public, ne répondent

qu'à l'intérêt d'un particulier (99). C'est donc l'idée de l'utilité publique qui doit primer tout autre considération.

C'est en ce sens que la jurisprudence a solutionné la question par exemple ; les branchements latéraux d'un service de distribution de gaz ou d'eaux, partant du conduit principal — qui est incontestablement un travail public — et aboutissant dans les maisons des usagers, présentent-ils le caractère de travaux publics ? La jurisprudence, qui aurait pu se retrancher derrière la théorie de l'accessoire, a fait une nouvelle application de l'idée que nous venons de dégager, c'est-à-dire que même lorsqu'un travail (en l'espèce les branchements latéraux) est fait dans le domaine public (la rue) s'il ne répond qu'à un intérêt privé, il ne peut avoir le caractère public (100).

Il en est de même lorsque des particuliers titulaires d'une permission de voirie exécutent sur une partie du domaine public des ouvrages affectés à une exploitation purement privée (101).

Par contre les travaux effectués sur le domaine privé, ou sur la propriété d'un particulier, peuvent avoir le caractère de travaux publics, s'ils sont exécutés pour répondre à une utilité publique (102).

3. *Les travaux publics doivent être de telle nature qu'ils puissent faire l'objet d'une expropriation pour cause d'utilité publique* (103).

Cette opinion est juste en elle-même, en tant que l'expropriation renferme un des éléments les plus importants de la définition des

(99) ...« Attendu que... Durand a été autorisé par l'ad. municipale à emprunter un chemin rural pour conduire, au moyen d'un aqueduc établi sous la voie, les eaux de son usine à la rivière, que cette permission donnée à un simple particulier, dans un intérêt privé... n'a conféré à ces travaux aucun caractère de travaux publics... » Cass., 31 déc. 1879, D. P. 1880.1.110, *Durand*.

(100) V. Trib. des Confl., 23 mars 1907, Sirey 1919.3.84 ; la note de M. Mestre ; Sirey 1922.2.89, et son *Cours de doctorat* 1928-29, p. 104.

(101) V. Cass., 23 juillet 1900, D. P. 1904.1.369, avec la note de M. Jean Appleton, *Société Générale des Téléphones*, ; Cons. d'Et., 30 juillet 1909, Lebon 797, *C¹^e Electrique de la Loire*.

(102) ...« Considérant... que la digue dont fait partie le vannage... qui est destiné à mettre la commune... à l'abri des inondations... a été construite dans un but d'utilité générale, que dès lors, les travaux dont ledit vannage a été, ou pourra être l'objet, affectent le caractère de travaux publics, sans que la circonstance qu'ils ont été effectués sur la propriété d'un particulier puisse modifier ce caractère... » Trib. des Confl., 26 mai 1924, D. P. 1925.3.13, *Fauqué*.

(103) V. Tarbé de Vauxelairs : *Dict. des trav. publ.*, V^o Trav. publ. ; Christo-

travaux publics : l'idée de l'utilité publique. Néanmoins on ne saurait sans inconvénients trop rattacher la notion du travail public à l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Il existe certainement une corrélation intime entre les trois notions suivantes : utilité publique, expropriation, domaine public d'une part et travaux publics d'autre part.

En effet, les travaux publics sont des ouvrages exécutés dans un but d'utilité publique, ils *peuvent* donner lieu à l'expropriation. Par l'expropriation les immeubles privés entrent par contrainte dans le domaine public, le travail fait sur cet immeuble s'incorporera au domaine public. Mais, nous avons montré ci-dessus que le travail public peut être exécuté sur une propriété privée, sans cependant perdre son caractère public. Par conséquent, il n'est pas toujours nécessaire de recourir à l'expropriation pour exécuter un travail public. Il en est principalement ainsi lorsque l'Administration a acquis de gré à gré les propriétés qui lui sont nécessaires pour l'exécution des travaux publics. De même quand le travail public sera fait sur le domaine public. Dans ces cas là il n'est évidemment pas besoin de recourir à l'expropriation. Il peut arriver aussi que l'Administration fasse entrer par affectation un bien du domaine privé dans le domaine public, en vue de l'exécution d'un ouvrage public. Au surplus, le travail public ne consiste pas toujours en une construction, il est aussi l'entretien ou la réparation des ouvrages publics déjà existants. On voit ainsi toute une série de travaux publics qui peuvent être exécutés sans qu'on soit obligé de recourir à l'expropriation pour cause d'utilité publique.

L'expropriation peut être encore évitée dans certains cas, en faisant appel aux servitudes d'utilité publique. Les servitudes d'utilité publique peuvent très bien concilier les intérêts opposés des propriétaires et de l'Administration, à la différence de l'expropriation qui est un mode d'acquisition forcé de la propriété privée, créé par le législateur en faveur de l'Etat, des départements et communes pour briser la résistance des propriétaires ou bien prévu pour le cas où l'Administration se trouverait en présence de biens dont les propriétaires seraient des personnes frappées de certaines incapacités, l'acquisition de ces biens étant normalement inter-

phle : *op. cit.*, t. I^{er}, n° 2. Cette théorie a son origine dans le texte confus de la loi du 3 mai 1841 et 27 juillet 1870. V. Hauriou : note Sirey, 1895.3.2. *Sommelet*.

dite ou rendue difficile par la loi dans le but de protéger des incapables.

D'autre part certaines législations prévoient l'expropriation dans un autre but que l'exécution des travaux publics, et par cela s'est produit une séparation très nette de ces deux notions. L'origine de l'expropriation réside dans les travaux publics. C'est la nécessité de faire construire des travaux publics qui a donné naissance à l'expropriation et pendant longtemps, elle était considérée comme un incident préliminaire des travaux publics. Mais bientôt l'expropriation suivra l'idée de l'utilité publique, s'émancipera et sortira de son cadre de travail public. Les premières difficultés franchies, la notion sacro-sainte de la propriété battue en brèche, les autres applications n'ont pas tardé. De plus en plus la propriété deviendra une fonction sociale. L'idée de l'utilité publique, parallèlement à son évolution dans le cadre des travaux publics, progressera dans le cadre social, et dans le domaine de l'économie nationale. On pourrait citer dans ce sens la réforme agraire en Roumanie ; expropriation pour utilité sociale-nationale, de même qu'une loi hongroise (qui fut en vigueur en Transylvanie jusqu'en 1923) qui prévoit l'expropriation pour cause d'utilité nationale des terrains nécessaires à la construction et création de l'industrie nationale privilégiée (Loi III, 1907) (104). On peut encore citer la loi française des mines du 9 septembre 1919 (art. 44).

Certaines lois pourraient encore servir d'exemples pour montrer la séparation de ces deux notions jadis étroitement liées ; expropriation et travaux publics. Il nous suffira de citer la loi roumaine sur l'éducation physique du 4 septembre 1929, qui prévoit dans son article 39 l'expropriation dans le but de désigner des terrains de sport dans chaque commune, terrains qui ne devront pas nécessairement être aménagés par des travaux publics.

Si on examine la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits, on trouve quelques arrêts qui rattachent l'idée de l'expropriation à la notion des travaux publics (105).

(104) V. Dr. Kmetty Karoly : *Magyar Közigazgatási jog.*, Bp. 1911, t. I^{er}, p. 354.

(105) ...« Considérant... que... la C^{ie} P.-L.-M. a été autorisée à exproprier pour cause d'utilité publique une partie de terrains appartenant aux héritiers Colin... que les travaux par elle exécutés à la suite du décret... ne sauraient être réputés simples travaux d'exploitation industrielle... mais qu'ils doivent être considérés comme de véritables travaux publics puisqu'ils sont la conséquence de

Cependant l'opinion contraire a prévalu si bien qu'aujourd'hui on peut considérer la théorie qui rattachait la notion de travail public à celle de l'expropriation, comme unanimement abandonnée (106).

4. *Les travaux publics seraient ceux qui ont pour objet d'assurer le fonctionnement d'un service public* (107).

L'origine de cette théorie se trouve dans une tendance de la doctrine représentée par M. Jèze, à considérer la notion du service public « comme en quelque sorte l'idée mère du droit administratif » (108). D'après l'opinion de certains auteurs la notion de service public domine tout le droit administratif. L'Etat lui-même ne serait qu'un service public. Cette opinion a un mérite incontestable. Elle a révélé le caractère *finaliste* du droit administratif, l'idée de *but* que l'Administration devra toujours avoir devant ses yeux, et qui a reçu une application très nette dans la théorie du détournement de pouvoir.

L'abus ou détournement de pouvoir n'est en effet qu'une violation de la règle d'après laquelle l'Administration doit conduire son activité vers un *but légal* ; celui de *satisfaire les besoins d'intérêt général de la collectivité organisée*. Dès que l'Administration

ce décret ». Trib. des Confl., 16 janv. 1875, D. P. 1875.3.105, *Colin* ; 25 nov. 1882, D. P. 1884.3.50, *Cazeaux*.

(106) V. C. d'Et., 5 mai 1893, D. P. 1894.3.49, *Sommelet*, et la note de M. Hau-riou, dans S. 1895.3.1 ; 1^{er} mars 1865, D. P. 1869.3.38, *Torrilhon et Comp.* ; 12 févr. 1897, S. 1899.3.26, *Ville de Caen* ; 2 déc. 1904, D. P. 1906.3.59, *De Richard d'Aboucourt* ; Cass., 25 avril 1923, S. 1924.1.292, et la note de M. Mes-tre, *Desauty* : ... « Considérant que le fait, que la ville a acquis de gré à gré la propriété des sources et a pu exécuter la canalisation sans recourir à une déclara-tion d'utilité publique, ne saurait modifier le caractère de ce projet qui constitue un travail public. »

(107) V. Macarel : *op. cit.*, t. III^e, p. 431 ; Christophle : *op. cit.*, t. I^{er}, p. 3 : « Nous croyons qu'on peut définir les travaux publics, ceux qui sont exécutés, dans l'intérêt des divers services publics dont l'Administration est chargée », *Pand. fr. Rép.*, V^o *Adjudic. adm.* (Etat), n^o 974 et suiv. ; Perriquet : *Traité théorique et pratique des travaux publics*, Paris, 1883, t. I^{er}, p. 2 : « Les travaux publics sont les travaux exécutés par l'administration ou par les personnes subs-tituées à ses droits dans l'intérêt des services publics et en vertu d'une autorisa-tion régulière » ; Berthélemy : *Traité élémentaire du dr. adm.*, 9^e éd., 1926, p. 650 : « Ce sont les travaux de construction, d'aménagement et d'entretien exécutés par une personne morale administrative en vue d'un service public » ; Jèze : *Les contrats administratifs*, t. I^{er}, pp. 50 et suiv.

(108) V. Achille Mestre : *Cours de doctorat* 1928-29.

exercera son pouvoir dans un autre sens, il y aura un détournement, un abus de cet « impérium » que l'Administration détient en tant que gérant des intérêts publics.

L'idée de but fait marquer encore la grande différence entre le régime du droit privé et le régime du droit administratif. « Tandis que le droit civil — dit M. Mestre — n'est à aucun titre un droit finaliste, au contraire on peut dire que le droit administratif présente à un haut degré ce caractère... Le droit civil envisage uniquement les droits comme des moyens ; il étudie les moyens. Au contraire on peut dire que le droit administratif est essentiellement orienté vers certaines fins » (109).

Dans la matière des travaux publics l'idée de but intervient, d'après la doctrine que nous venons de citer, dans la forme d'un service public. Les travaux publics sont ceux qui ont comme but d'assurer un service public. Pas de travail public sans service public.

Avant d'examiner la seconde proposition de cette doctrine, selon laquelle le critérium des travaux publics serait lié à la notion de service public, il faut réfuter de prime abord l'opinion qui considère le service public comme la pierre angulaire du droit administratif. Elle est inexacte en ceci que l'idée de service public seule ne peut englober tout le droit administratif. De plus elle ne fait pas apparaître la notion du pouvoir, de l'imperium qui domine le droit public. Les services publics ne sont que des manifestations extérieures, et non pas exclusives, de l'idée de puissance publique (110).

La théorie du service public, si propre soit-elle à donner une raison d'être aux travaux publics, exécutés le plus souvent pour assurer un service public, n'est pas cependant un élément nécessaire et suffisant de la définition des travaux publics. Les services publics répondent certainement à un but d'utilité publique (111) et c'est leur seul élément commun avec les travaux publics. Pour arriver à une définition des travaux publics, il n'est pas nécessaire de lier l'idée de l'utilité publique à la notion de service public. Autrement dit la notion de service public ne doit nécessairement pas servir de remorque à l'idée d'utilité publique et d'intermédiaire

(109) V. Achille Mestre : *ibidem*.

(110) V. Achille Mestre : *ibidem*.

(111) V. les conclusions de M. le Commissaire du gouvernement Corneille, dans l'arrêt *Astruc*, S. 1916.3.49.

entre l'utilité publique et les travaux publics. *Les travaux publics sont suffisamment définis par leur but d'utilité publique.*

L'arrêt *Commune de Monségur* (112) consacre d'une manière nette et définitive l'idée selon laquelle un travail public peut exister sans qu'il y ait service public. Il s'agissait en l'espèce d'un accident causé par un prétendu défaut d'entretien d'une église. Or d'après la loi du 9 décembre 1905 qui déclara la séparation de l'Eglise et de l'Etat, il paraissait que les travaux de construction ou d'entretien des bâtiments du culte — qui n'est plus un service public, étant donné que l'Eglise est séparée de l'Etat — ne présentaient plus le caractère de travaux publics.

Le Conseil de Préfecture de la Gironde et le Conseil d'Etat, par une jurisprudence remarquable ont définitivement abandonné la théorie du service public comme critérium des travaux publics, en adoptant les conclusions de M. le Commissaire de gouvernement Corneille, qui restent désormais classiques dans la définition de travaux publics. Voici l'argumentation du Conseil d'Etat :

...« Considérant que... si depuis la loi du 9 décembre 1905, sur la séparation des Eglises et de l'Etat le service du culte ne constitue pas un service public, l'art. 5 de la loi du 2 janvier 1907 porte que les édifices affectés à l'exercice du culte continueront, sauf désaffectation, dans le cas prévu par la loi du 9 décembre 1905, à être laissés à la disposition des fidèles et des ministres du culte pour la pratique de leur religion, qu'il suit de là que *les travaux exécutés dans une Eglise pour le compte d'une personne publique, dans un but d'utilité générale conservent le caractère de travaux publics...* » etc.

On peut donc dégager les principes suivants de l'arrêt ci-dessus cité et des conclusions de M. le Commissaire de gouvernement Corneille :

a) La notion de service public et celle de travaux publics ne concordent pas exactement.

b) C'est l'idée d'utilité publique qui doit donner un des éléments de la définition du travail public. Or l'utilité publique peut se présenter même en dehors du service public. Donc ces deux notions ne se recouvrent pas non plus.

c) En l'espèce, l'intérêt collectif des habitants d'une commune est suffisant pour créer un cas d'utilité publique. L'ensemble des fidèles

(112) C. d'Et., 20 juin 1921, S. 1921.3.49, avec les conclusions de M. le Commissaire du gouvernement Corneille, et la note de M. Hauriou.

d'une paroisse n'est pas seulement le groupement de quelques particuliers, mais une entité indéfinie susceptible de correspondre à la presque totalité des habitants de la commune. Cette collectivité est le « public », les cérémonies sont elles-mêmes publiques, donc les bâtiments du culte doivent être aussi publics.

d) M. Hauriou ajoute encore à ces conclusions l'idée que c'est la puissance publique exercée dans un but d'utilité publique et non pas les services publics qui sont à la base du système administratif français. Dans l'affaire des églises, la puissance publique a déclaré par les lois de 1905 à 1907 ci-dessus citées, que les édifices affectés à l'exercice du culte continueront à être laissés à la disposition des fidèles et des ministres du culte pour la pratique de leur religion. Bien que le culte ne soit plus un service public, il est d'intérêt public pour les habitants d'une commune — pris non pas comme des individus, mais comme une entité distincte — que les églises soient ouvertes pour les cérémonies. « La puissance publique — dit M. Hauriou — a donc poursuivi ici un but d'utilité publique par un simple commandement sans organisation de service public » (113).

La jurisprudence s'est montrée constante dans le sens de la décision ci-dessus citée, dans l'arrêt *Sigalas* (114).

Pour conclure ce chapitre sur les hésitations de la jurisprudence française qui ont précédé la définition jurisprudentielle des travaux publics, il est intéressant de constater comment la jurisprudence du Conseil d'Etat s'est débarrassée dans son évolution de toute idée qui aurait pu mettre une entrave à sa compétence naturelle. Lorsqu'on jette un coup d'œil sur l'évolution de la jurisprudence administrative française on est toujours frappé par cette force extraordinaire d'adaptation aux nécessités de la vie administrative. Dès que le Conseil d'Etat se trouve en face d'une nécessité primordiale destinée à satisfaire un intérêt public, il n'hésite pas à construire des principes de plus en plus aptes à répondre aux besoins de l'Administration. Le Conseil d'Etat s'est donné la mission de veiller aux intérêts publics, et voilà qui explique suffisamment sa jurisprudence extensive, dont la définition des travaux publics n'est qu'un exemple.

(113) V. Hauriou : l'annotation de l'arrêt cité.

(114) V. C. d'Et., 22 juin 1928, S. 1928.3.113 avec les conclusions de M. le Commissaire du gouvernement Josso, et la note de M. Hauriou.

CHAPITRE II

Examen des 4 éléments composant la définition des travaux publics: a) travail, b) sur un immeuble, c) fait par une personne administrative ou pour son compte, d) dans un but d'utilité générale.

I. — LE TRAVAIL.

La notion de travail dans une conception générale est l'activité humaine qui tend à réaliser certains buts. En droit civil, cette activité peut faire l'objet de deux contrats : le louage d'ouvrage et le louage de service.

Dans la définition des travaux publics, ce travail sera fait sur un immeuble et dans un but d'utilité générale. Mais avant tout il faut qu'il soit un travail, une activité constructive, dans une phase qui a dépassé les simples projets (115).

La question qui se pose est de savoir comment ce travail se présentera. Il n'y a pas de difficulté quand le travail est une *construction*, c'est-à-dire quand l'Administration ou les personnes qui lui sont substituées, réalisent un immeuble, destiné à assurer le fonctionnement d'un service public ou bien simplement mis à la disposition du public. Dans ce cas là, le travail est pour ainsi dire palpable ; achevé, il présentera distinctement une individualité propre, c'est le travail public dans le sens actif et passif.

Mais il n'en est pas de même lorsque le travail reste dans son aspect d'activité sans que le travail achevé présente, à première vue, une individualité distincte, ou il lui manque tout à fait, comme

(115) Cass., 3 févr. 1886, D. P. 1886,1.469.

seraient par exemple les travaux de dessèchement des marais, ou les travaux de démolition.

D'après ce que nous venons de dire, le travail public présentera donc 3 aspects : 1° construction ; 2° conservation, entretien ou réparation ; 3° démolition.

Les deux premières formes de travail, c'est-à-dire la construction et l'entretien (réparation) correspondent à la double notion de travail public, savoir, dans un sens actif ; une opération, dans le sens passif ; l'ouvrage achevé.

Dans le troisième aspect du travail, il ne s'agira que d'une activité, c'est-à-dire la démolition, car le travail public achevé (la notion passive du travail) n'existera pas, parce que dans ce cas-là le travail public achevé n'est autre chose que la remise des lieux dans leur état antérieur. De plus, dans le cas d'un travail de démolition en vue d'une construction, par exemple la démolition des bâtiments expropriés en vue de l'ouverture d'une rue, il est évident que la phase de démolition sera indivisiblement incorporée dans le travail de construction de cette rue.

Le Conseil d'Etat dans une première jurisprudence (7 mai 1862, D. P. 1862.3.83, *Guillée*) s'était refusé à voir un marché de travaux publics dans l'adjudication des matériaux à provenir de la démolition d'un travail public (en espèce d'un presbytère d'une commune) alors même que l'adjudicataire était en même temps chargé d'effectuer cette démolition, « considérant que ces travaux de démolition ne se rattachent d'aucune manière à la reconstruction du nouveau presbytère... adjudgé... plus tard à un autre entrepreneur ».

Cette argumentation est tout à fait critiquable, car les travaux de démolition et de reconstruction forment en réalité les deux opérations du même travail public, or, il est impossible de nier le caractère public des travaux de démolition d'un travail public existant, alors même qu'ils ne sont pas suivis d'une construction nouvelle.

C'est pourquoi le Conseil d'Etat, dans une espèce similiaire, a jugé en sens contraire (13 fév. 1874, D. P. 62.3383, *Dussausoy*) et a maintenu cette jurisprudence dans un arrêt très intéressant du 14 janv. 1898 (Lebon, 20, *Ministre de la Guerre*). Le Conseil d'Etat a été appelé à statuer dans les circonstances suivantes :

Une loi avait prononcé le déclassement d'une place de la ville d'Arras. En exécution de cette loi, l'Etat a cédé à la Ville une partie des terrains à provenir du dérasement, et s'est engagé envers elle à effectuer les travaux de démolition des ouvrages militaires qui se

trouvaient sur la place déclassée, en vue de faciliter l'instruction des troupes. Le Ministère de la Guerre s'est réservé le droit de faire sur les chantiers des expériences de pyrotechnie exécutées par les élèves de l'Ecole du Génie.

En statuant sur une demande de dommages causés par l'explosion d'un fourneau de mines dans les remparts qui devaient être démolis, le Conseil d'Etat, comme instance d'appel, a confirmé la sentence rendue par le Conseil de préfecture, en le déclarant compétent... « *considérant que... les expériences de démolition (pyrotechnie)... n'en ont pas moins concouru à l'exécution du dérasement de la place qui constitue un travail public ; que dès lors les dommages qui ont pu en résulter se rattachent à l'exécution d'un travail public.* »



Le travail public au sens actif se confond souvent avec un service public (116), tel serait par exemple le cas d'un service de nettoyage des voies publiques. Mais ces deux notions : le service public et le travail public au sens *actif* ne correspondent pas complètement. Citons comme exemple les travaux de dessèchement des marais qui peuvent ne pas être un service public, ou bien encore les travaux d'entretien des églises en France qui ne sont pas un service public.

La présence ou l'absence de la notion du travail pris au sens actif a donné lieu à une jurisprudence extrêmement intéressante.

Dans une des premières espèces le Conseil d'Etat avait décidé que l'arrêté par lequel le maire d'une commune prescrivait dans l'intérêt de la salubrité publique, pendant la saison d'été, des manœuvres des vannes d'usines établies sur un cours d'eau non navigables, manœuvres destinées à produire des chasses assez fortes pour entraîner les matières qui corrompaient les eaux, n'a pas pour objet de prescrire l'exécution d'un travail public (Cons. d'Etat, 8 août 1899, Lebon 592, *Charpentier* ... « *considérant... que cet arrêté a été pris dans l'intérêt de la salubrité et de la santé publique et qu'il ne prescrivait pas l'exécution d'un travail public* »).

Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a refusé d'accorder le caractère de *travail* à une opération qui réunit tous les autres éléments d'un travail public.

(116) V. René Capitant : *op. cit.*, pp. 8 et suiv.

Cette décision est critiquable car elle s'obstine à ne pas apercevoir le caractère de travail public dans un sens *actif*.

Nous pouvons encore citer des arrêts antérieurs, où le Conseil d'Etat a refusé de considérer les travaux d'entretien comme des travaux publics. Ainsi il est jugé que le marché passé avec le maire d'une commune pour l'enlèvement du terreau déposé dans les fossés situés le long d'un chemin rural ne constitue pas une entreprise de travaux publics (*Dame veuve Mahaut*, Conseil d'Etat, 21 août 1845, Lebon 424). De même on a décidé que le marché relatif à l'enlèvement des boues et immondices d'une ville constitue un louage de choses ou un louage d'ouvrage selon que l'entrepreneur paye une redevance à la ville ou en reçoit lui-même une rémunération (Cass., 28 nov. 1860, D. P. 1861.1.40, *Ville de Reims*).

Mais cette jurisprudence fut assez vite abandonnée et les travaux d'entretien ou de réparation sont désormais toujours considérés comme des travaux publics en appliquant au nettoiemnt des voies publiques le même régime qu'à leur entretien (v. René Capitant, *op. cit.*, p. 20). Cette jurisprudence est très logique, car les travaux de nettoiemnt et d'entretien ne sont que des travaux de conservation en bon état, d'un immeuble qui, lui-même, a déjà la qualité de travail public.

De même, il est jugé qu'un mode d'arrosage d'une promenade publique consiste à élever les eaux d'un canal au moyen d'une machine hydraulique, à les déverser dans plusieurs lacs artificiels et à les distribuer dans les canaux, constitue un travail public (Trib. des confl., 30 mars 1878, D. P. 1878.3.63).

Lorsqu'il s'agit du travail public au sens actif, il faut encore distinguer le marché de travaux publics du marché de fourniture. A côté de la différence fondamentale qui réside dans leur caractère immobilier et mobilier, ils se séparent encore en ceci que le marché de fourniture, n'implique pas dans un travail de construction, conservation ou démolition autre que celui qui est inhérent à la chose fournie. Ainsi le traité intervenu entre une commune et un particulier pour l'allumage des réverbères dans cette commune et en même temps la fourniture du pétrole n'est pas un marché de travaux publics, mais à la fois un contrat de louage de service et un marché de fournitures (Conseil d'Etat, 23 mars 1888, Lebon, p. 339, D. P. 1889.3.53, *Commune de Saissac*, et l'annotation de M. J. Romieu, dans la *Revue générale d'adm.*, 1888, t. II, p. 191).

Dans l'espèce ci-dessus citée, l'absence de travail public dans le sens actif est évidente. L'opération d'allumer et d'éteindre les réverbères n'est pas une opération de construction, conservation ou démolition, elle ne peut donner lieu qu'à un contrat de louage de services ou d'un emploi communal, mais dans ce dernier cas, il n'y aurait pas un contrat de louage, mais un acte de puissance publique conférant une fonction dans la hiérarchie des agents de la commune (117).

Mais le contrat qui a pour objet, en même temps que la garde du cimetière, le service des inhumations, des exhumations et l'exécution des travaux d'entretien général, a, dans son ensemble, le caractère d'un marché de travaux publics (Conseil d'Etat, 27 juillet 1906, Lebon 700, *Permanne*).

De même les entreprises de pompes funèbres sont considérées par le Conseil d'Etat comme des entreprises de travaux publics, car elles comportent le service des inhumations (26 janv. 1877, D. P. 1877.3.59, *fabrique de Montpellier*).

Nous aurons l'occasion de constater que lorsqu'il s'agit à la fois d'une fourniture et d'un travail public, c'est le travail public qui l'emporte toujours sur la fourniture, et le contrat recevra le caractère de marché de travaux publics. *Il faut cependant que l'élément de travail soit suffisant* pour que le contentieux de ce marché soit soumis à la compétence du Conseil de Préfecture. Ainsi la fourniture et la pose d'une horloge sur un édifice public a été considérée par le Conseil d'Etat (3 janv. 1873, Lebon... *Ville de Champagnote*) comme un marché de fourniture « ...considérant que si quelques travaux de peu d'importance devaient être exécutés... pour la fourniture de cette horloge, cette circonstance ne fait pas changer le caractère du marché ».

Au contraire un contrat ayant comme objet la fourniture des cloches et leur *installation* a le caractère d'un marché de travaux publics (C. d'Etat, 5 août 1904, D. P. 1906.3.48, *Escoubet*) car cette fourniture contient une partie *assez importante* de travail pour donner le caractère de travail public (118).

Le contrat par lequel un particulier s'engage à fournir à une commune des pierres taillées nécessaires à l'établissement des trot-

(117) V. J. Romieu : *loc. cit.*, *ibidem*.

(118) V. en même sens : C. d'Et., 25 mars 1846, D. P. 1846.3.130, *Boutevillain*, les travaux de serrurerie exécutés pour une halle.

toirs, n'a pas le caractère d'un marché de travaux publics, car ce contrat ne charge pas le fournisseur d'un travail pour la mise en place des pierres (C. d'Etat, 12 déc. 1868, D. P. 1869.3.100, *Clément*).

Par contre il est jugé que le déménagement et les travaux de translation d'un hospice d'un local dans un autre local, ont le caractère de travaux publics (C. d'Etat, 27 fév., 1847, D. P. 1847.3.96, *Tortrat*).

Une jurisprudence constante et assez bizarre à première vue, considère comme des entreprises de travaux publics, les marchés passés pour l'exploitation du travail des détenus dans les prisons (v. C. d'Etat, 23 déc. 1881, D. P. 1883.3.33, *Alléguen* ; 26 déc. 1905, D. P. 1905.3.36, *Brunelat et Lhermite*). Ce qui donne le caractère de travaux publics à ces marchés c'est le fait que l'adjudicataire s'engage à fournir le mobilier des prisons, et s'oblige encore à entretenir et réparer les locaux pénitentiaires. Il y a donc toujours un élément de travail public qui domine ces marchés d'un caractère si complexe.

Comme dernier exemple de cette jurisprudence qui considère le simple travail dans le sens actif du mot comme suffisant pour donner le caractère de travaux publics aux opérations auxquelles il s'attache, citons encore les travaux d'émondage des arbres qui ont été rangés par la jurisprudence parmi les travaux publics (Trib. des Confl., 10 nov. 1900, S. 1901.3.33, avec la note de M. Hauriou).

Pour conclure, nous remarquerons que la jurisprudence du Conseil d'Etat accorde le caractère de travaux publics toutes les fois que dans une opération de nature mixte la notion du travail public au sens actif est présente. Il n'est pas nécessaire que cette notion domine d'une manière absolue, il suffit seulement qu'elle apparaisse dans une forme bien nette.

De nombreux auteurs (119) ont vu dans cette extension jurisprudentielle de la notion de travail public une application de l'adage : « *accessiorum sequitur principale* ». Pour pouvoir admettre cette opinion, il faut préciser que dans notre matière l'accessoire sera toujours les fournitures, alors même que le travail public ne serait qu'un élément tout à fait secondaire du marché de fournitures.

(119) V. Aucoc : *Conférences*, t. II^e, pp. 409 et suiv. ; Bathie : *Dr. adm.*, t. VII^e, pp. 249 et suiv. ; Christophle : *Tr. publ.*, t. I^{er}, p. 28 ; Perriquet : *Tr. publ.*, t. I^{er}, n° 2.

D'autre part il y a encore un second élément qui intervient lorsqu'il s'agit de préciser la nature de ces opérations mixtes, c'est le caractère immobilier du travail public.

II. — LE CARACTÈRE IMMOBILIER DU TRAVAIL PUBLIC

Le premier élément de la définition du travail public que nous avons essayé de préciser ci-dessus, c'est-à-dire l'activité par laquelle on réalise un travail public, est entièrement lié à la nature immobilière de l'ouvrage public. *Le travail public sera toujours exécuté sur un immeuble et l'ouvrage public achevé sera toujours un immeuble.*

L'expropriation pour cause d'utilité publique qui est parfois une opération préliminaire à l'exécution de l'ouvrage public ne s'applique pas qu'aux immeubles. Le domaine public dans lequel le travail public achevé est incorporé est aussi immeuble. On voit que le caractère immobilier du travail public et encore sa destination de servir à un but d'utilité publique établissent un jeu de ces trois notions, à savoir : travail public, domaine public et expropriation, à tel point que pendant longtemps elles furent liées d'une manière indissoluble, de telle sorte que la notion du travail public fut rattachée tantôt à l'idée de domaine public, tantôt à l'expropriation pour cause d'utilité publique.

D'autre part, le marché de travaux publics par sa nature immobilière diffère foncièrement du marché de fournitures qui a toujours des immeubles comme objet. Mais lorsqu'un marché de fourniture prévoit des travaux à effectuer, c'est-à-dire quand les meubles qui font l'objet du marché de fourniture seront *incorporés au sol* devenant ainsi immeubles, l'opération prendra le caractère d'un marché de travaux publics.

C'est ainsi que l'érection d'une statue est considérée comme un travail public (120) lorsque le statuaire s'engage non seulement à fournir mais aussi à ériger le monument. De même le contrat ayant pour objet la fourniture des cloches et leur installation a le caractère de travaux publics (C. d'Etat, 5 août 1904, D. P. 1906.3.48, *Fabrique de l'église de Mirande*).

(120) Amiens, 21 déc. 1877, *Le Droit*, 1878, cité par M. Noël, *op cit.*, p. 22.

Les bancs d'une promenade publique, les poteaux télégraphiques, etc. sont des fournitures, mais dès que le cahier des charges prévoit leur incorporation aux immeubles, le marché sera considéré comme ayant le caractère de travaux publics (121).

La construction d'un navire n'est pas un travail public, faute d'objet immobilier. De même les décorations exécutées par un entrepreneur pour une fête nationale (Angers, 25 janv. 1883, D. P. 1883.2.174, *Evêque d'Angers*), le dépouillement d'un recensement (Tr. des Confl., 17 mai 1873, Lebon 102), l'impression d'un livre (C. d'Etat, 16 déc. 1921, Lebon 1062), la reliure d'une collection des volumes d'une bibliothèque (C. d'Etat, 16 août 1862, Lebon 687), etc. (122), ne peuvent être considérés comme des travaux publics, car il ne s'agit pas de fournitures incorporées d'une manière inséparable à l'immeuble, ou bien d'un travail fait sur immeuble.

Le caractère immobilier du travail public loin de présenter un intérêt simplement doctrinaire, est d'une importance primordiale. Il y a d'abord la question de la compétence. Alors que le contentieux des travaux publics est attribué au Conseil de Préfecture en première instance, et au Conseil d'Etat en appel, le contentieux des marchés de fourniture est par contre déféré au Conseil d'Etat en première et dernière instance, pour les fournitures de l'Etat, et aux tribunaux judiciaires pour les fournitures faites à d'autres personnes administratives, communes, établissements publics (123).

D'autre part les travaux publics autres que ceux qui ont été incorporés dans le domaine public et par conséquent « *res extra commercium* », sont susceptibles comme immeubles, de toutes hypothèques et de privilèges immobiliers. Il en est ainsi notamment pour les travaux des concessionnaires de chutes d'eau (124). Le droit du concessionnaire de chutes d'eau étant un droit immobilier, il est susceptible non seulement d'hypothèque conventionnelle, mais aussi des hypothèques judiciaire et légale. L'hypothèque portera sur l'ensemble des droits immobiliers du concessionnaire, savoir : sur la concession elle-même considérée comme un droit immobilier, sur l'ensemble des travaux du concessionnaire, sur les

(121) V. Achille Mestre : *Cours, doctorat*, 1928-29, p. 51 ; R. Capitant : *op. cit.*, p. 19.

(122) Les dernières espèces ci-dessus citées sont empruntées à M. René Capitant, *op. cit.*, p. 19.

(123) V. Achille Mestre : *Cours, doctorat*, 1928-29, p. 51.

(124) Achille Mestre : *Cours, doctorat, Matières adm.*, 1931-32, pp. 197 et suiv.

servitudes légales ou conventionnelles, etc. Elle prendra fin à l'expiration de la concession, ou du délai fixé pour le rachat par l'Etat. C'est une particularité évidente de l'hypothèque existante sur les immeubles de la concession, car le rachat ou la déchéance purge les hypothèques, la loi déclarant que toutes les dépendances immobilières de la concession font retour à l'Etat, libres de toutes charges. C'est une conséquence du principe de l'inaliénabilité du domaine public ; en effet, si le caractère de domaine public des travaux d'aménagement de la chute d'eau était pour ainsi dire en suspens pendant la durée de la concession, il devient définitivement acquis après le retour des travaux à l'Etat.

III. — LES TRAVAUX PUBLICS SONT EXÉCUTÉS PAR L'ADMINISTRATION OU POUR SON COMPTE

Les travaux publics sont une opération administrative type accomplie par l'Administration en vertu de sa puissance publique et dans un but d'utilité générale. C'est une opération administrative type car les travaux publics correspondent aux buts poursuivis par le droit administratif. « Le droit administratif — dit M. Hauriou — est la sphère d'activité du pouvoir exécutif en tant qu'exercée par des administrations publiques dans le but d'assurer l'ordre et de pourvoir à l'utilité publique, par l'application des lois, par police et par la gestion des services publics. Ainsi la base du droit administratif c'est l'activité de la puissance publique ; ce n'est pas comme on l'a prétendu, le service public. Sans doute, la gestion des services publics est l'un des buts de l'activité de la puissance publique, mais elle n'est pas le seul but, il y a aussi l'application des lois et il y a aussi les mesures de police destinées à maintenir l'ordre dans l'Etat et à pourvoir à l'utilité publique par des moyens autres que l'organisation d'un service public » (125).

Les travaux publics sont donc une manifestation de la puissance publique. Ils ont ce caractère non seulement à raison de leur but, mais aussi par le fait que le pouvoir de commandement de l'Etat intervient effectivement lors de l'exécution des travaux publics ; la construction d'ouvrages techniques d'une aussi grande envergure que les travaux publics suppose souvent des *sacrifices* de la part

(125) Hauriou : *Notes d'arrêts*, t. I^{er}, p. 1.

des particuliers qui ne sauraient être imposés que par la force de contrainte dont l'Etat dispose toujours, quand il s'agit des intérêts supérieurs.

Cette idée explique non seulement les droits exorbitants de l'administration d'imposer des restrictions à la propriété privée (expropriation, occupation temporaire, servitudes d'utilité publique) mais aussi le régime administratif de la responsabilité à raison des dommages par les travaux publics. Lorsque l'Administration cause par un travail public un dommage à un particulier, l'indemnité qu'elle accorde à raison de ces dommages purge tous les droits du particulier, autrement dit *les droits de particuliers sont transformés en droits à l'indemnité* (126). En régime de droit commun le particulier lésé aura différentes actions à sa disposition afin de faire cesser le trouble causé à son droit. Il aura, par exemple, une action négatoire par laquelle il tendra à empêcher l'établissement d'une servitude, une action confessoire tendant au rétablissement d'une servitude supprimée par la construction d'un voisin, une action possessoire pour faire cesser les troubles à la possession, etc. Dans toutes ces hypothèses, lorsqu'il s'agit de travaux publics les actions n'aboutiront à autre chose qu'à une indemnité (127).

Il est donc évident, les travaux publics étant une manifestation de puissance publique, que ce soit l'Etat, les personnes juridiques de droit public, qui aient non seulement l'attribution mais aussi la possibilité d'accomplir, d'exécuter les travaux publics.

Cela ne veut pas dire que l'Administration les exécutera seule, par ses propres moyens, mais qu'au contraire, elle recourra souvent aux particuliers, aux capitalistes, en concluant des marchés ou bien en donnant en concession l'exécution et l'exploitation des ouvrages publics. Cependant, l'intervention du concessionnaire sera purement temporaire, car finalement les travaux feront retour à l'Etat, en conséquence les travaux seront toujours exécutés *pour le compte* de personnes administratives.

Il arrive encore que les particuliers non seulement *collaborent* avec l'Administration, mais encore qu'ils *s'immiscent* dans cette attribution souveraine de l'Administration de gérer les intérêts publics. Autrement dit, le rapport entre l'Administration et le particulier qui exécute un ouvrage public pour le compte de l'Administration

(126) Hauriou : *Dr. adm.*, 12^e éd., p. 902.

(127) Hauriou : *ibidem*.

ne sera pas un lien contractuel mais *quasi-contractuel*. Même dans ce cas là la jurisprudence faisant application de la gestion d'affaire et de l'idée de l'enrichissement sans cause, a reconnu le caractère public des travaux ainsi exécutés.

Au contraire, les travaux faits par des particuliers, même dans un but d'utilité publique incontestable, n'ont pas le caractère de travaux publics lorsqu'ils ne sont pas exécutés pour le compte de l'Administration (128).

Examinons maintenant quelles sont les personnes juridiques dont les travaux doivent être considérés comme des travaux publics.

1° *L'Etat*. — Tous les travaux faits sur immeubles par l'Etat ou pour son compte et qui poursuivent un but d'utilité publique sont des travaux publics.

Par contre, les travaux d'aménagement des biens patrimoniaux de l'Etat qui ne sont pas affectés à l'usage public, mais qui constituent le *domaine privé* de l'Etat, ne peuvent avoir le caractère de travaux publics. Les contrats passés pour la construction, réparation pour l'entretien, la mise en valeur, et même l'exploitation des biens que l'Etat possède comme un simple particulier, qui ne sont pas affectés à l'usage public et qui ne répondent pas à un but d'utilité publique directe, sont considérés comme des *actes de la gestion privée* de l'Etat.

L'Etat n'intervient pas dans la gestion des biens de son domaine privé comme une autorité, comme une puissance publique, mais comme un simple propriétaire ; il n'y a donc aucune raison que les actes de la gestion privée profitent du même régime exceptionnel et exorbitant du droit public. Ce régime est réservé aux manifestations de puissance publique de l'Etat, exercé en but d'utilité publique.

2° *Les départements*. — Les travaux publics départementaux ont été toujours considérés par la jurisprudence comme ayant le caractère de travaux publics.

(128) V. C. d'Et., 20 déc. 1873, *Ville de Béziers*, Lebon 1071 ; Trib. des Confl., 18 juillet 1874, *Laglande*, Lebon 707 ; De même les travaux exécutés pour le compte des établissements d'utilité publique ne constituent non plus des travaux publics, car ils sont des *personnes morales de droit privé* (C. d'Et., 7 avril 1859, *Herzen*, Lebon 267 ; 19 janv. 1860, *Schulters*, Lebon 53).

Cela peut paraître bien étonnant (129) car le Conseil d'Etat a considéré pendant longtemps les services publics départementaux comme des opérations purement privées, entraînant une responsabilité civile. Mais à partir des fameux arrêts *Terrier* (1903) et *Feutry* (1908) le caractère administratif des opérations entreprises par les départements et leur responsabilité pour les fautes de service fut reconnue par la jurisprudence.

M. Marc Noël (130) explique ainsi cette jurisprudence du Conseil d'Etat concernant les travaux publics départementaux :

« Avant la loi du 10 mai 1838, les départements n'avaient pas de personnalité civile, néanmoins par un décret du 8 avril 1811, on leur a gratuitement attribué les édifices et bâtiments nationaux occupés par les services publics, à charge de les entretenir.

« Le Conseil d'Etat semblait bien admettre qu'ils avaient la personnalité du moment qu'ils pouvaient posséder des biens, mais leurs représentants ne pouvaient pas prendre de mesures exécutoires sans l'approbation des autorités supérieures. Leur activité étant ainsi réglée par l'Administration de l'Etat, il était normal de soumettre les difficultés naissant à l'occasion de cette activité, aux mêmes règles que celles qui naissaient de l'activité de l'Etat. C'est pourquoi la qualité de travaux publics fut reconnue à des travaux de départements et leur contentieux fut, pour ce motif, déféré aux Conseils de préfecture » (131).

Cette solution se maintint après la loi du 10 mai 1838 qui a donné d'une manière incontestable la personnalité civile aux départements.

Mais on pourrait trouver une raison plus simple qui justifie l'assimilation, par la jurisprudence des travaux publics départementaux et de ceux de l'Etat. Il y a en effet un *argument de texte* :

La loi du 16 septembre 1807 dans son article 30 divise les travaux de l'administration en travaux généraux, départementaux et communaux, et les qualifie sans distinction comme des travaux publics (132).

(129) V. Marc Noël : *op. cit.*, pp. 36 et suiv.

(130) V. Marc Noël : *ibidem*.

(131) V. Marc Noël : *op. cit.*, p. 37 et la jurisprudence citée par cet auteur.

(132) De même, les lois des 13, 16, 17 et 23 janv. 1810, avaient assimilé les travaux communaux aux travaux publics nationaux quant aux opérations de comptabilité publique et budgétaire (v. L. Bourgeois : *Les travaux publics communaux*, thèse, Paris, 1876, pp. 8 et suiv.).

3° *Les communes*. — En ce qui concerne les travaux des communes, la jurisprudence administrative a appliqué jusqu'en 1815 l'assimilation édictée par la loi du 16 septembre 1807, en reconnaissant aux travaux des communes exécutés dans un but d'utilité publique, le caractère de travaux publics.

Mais à partir de 1815, la jurisprudence du Conseil d'Etat se dirige dans un sens tout à fait contraire, en déclarant de la compétence judiciaire tous les litiges relatifs aux travaux des communes quel qu'en soit leur objet (133).

En 1823, le Conseil d'Etat considère comme des travaux publics communaux seulement les ouvrages dont l'adjudication a été faite selon les formes prescrites pour les travaux publics de l'Etat et des départements (134).

C'est seulement en 1843 que le Conseil d'Etat est revenu à sa première jurisprudence en assimilant les travaux publics communaux à ceux de l'Etat (135). Depuis cette date, la jurisprudence est constante en ce sens. L'hésitation de la jurisprudence du Conseil d'Etat correspond à l'époque où son autorité a été amoindrie pour des raisons politiques. Il a estimé utile d'agir avec prudence et de ne pas montrer trop sa puissance qui aurait soulevé des jalousies (136).

4° *Les établissements publics*. — A la différence des travaux exécutés par les *établissements d'utilité publique*, qui même effectués dans un but d'utilité publique ne sont jamais des travaux publics, les travaux des *établissements publics* sont assimilés par la jurisprudence administrative aux travaux publics de l'Etat ou des autres personnes juridiques du droit administratif.

En effet les établissements publics sont des services publics spéciaux personnifiés (137) rattachés soit à l'Etat, départements, communes, soit à d'autres établissements publics, dotés d'une certaine autonomie, et *disposant des droits de puissance publique. Leurs émanations de volonté sont des actes administratifs susceptibles de recours pour excès de pouvoir.*

(133) V. Christophle : *op. cit.*, t. I^{er}, p. 8, et les arrêts y cités.

(134) V. Christophle : *ibidem*, et les arrêts y cités.

(135) V. C. d'Et., 30 déc. 1843, *Nicod de Ronchaud*, Lebon 639 ; 23 août 1843, *Huvé*, Lebon 470 ; 7 déc. 1843, *Grandidier*, Lebon 538 ; 28 août 1844, *De Chavaille*, Lebon 345, etc., arrêts motivés par la loi du 28 pluv. an VIII, et 16 sept. 1807.

(136) V. Mare Noël : p. 44.

(137) V. Hauriou : *Dr. adm.*, 13^e éd., pp. 280 et suiv.

Ainsi seront considérés comme travaux publics les établissements hospitaliers (138), les travaux des fabriques d'églises et des consistoires, avant la loi du 9 décembre 1905 (139), les travaux exécutés pour la Légion d'honneur (140), etc.

5° *Les associations syndicales.* — En France, la loi du 21 juin 1865 (141) (modifiée par la loi du 25 décembre 1888 et complétée par la loi du 5 août 1911) prévoit la constitution d'associations syndicales libres, autorisées ou forcées, pour l'exécution et l'entretien des travaux limitativement énumérés dans l'art. 1^{er} de la dite loi :

1° Défense des terrains contre la mer, les fleuves, les torrents et rivières navigables ou non navigables ;

2° De curage, approfondissement, redressement et régularisation des canaux et cours d'eau non navigables ni flottables et des canaux de dessèchement et d'irrigation ;

3° Dessèchement des marais ;

4° Des étiers et ouvrages nécessaires à l'exploitation des marais salants ;

5° D'assainissement dans les villes et faubourgs, bourgs, villages et hameaux.

7° D'ouverture, d'élargissement et prolongement, de pavage des voies publiques et de toute autre amélioration ayant un caractère d'intérêt public, dans les villes, faubourgs, etc. ;

8° D'irrigation et de colmatage ;

9° De drainage ;

10° Des chemins d'exploitation et de toute autre amélioration agricole d'intérêt collectif.

L'association syndicale, d'après la définition donnée par le décret du 9-10 mars 1894 est l'ensemble des propriétaires réunis dans les

(138) V. C. d'Et., 27 févr. 1847, *Tortrat*, Lebon 93.

(139) V. C. d'Et., 27 mars 1848, Lebon 322 ; 20 nov. 1885, *Barbe*, Lebon 696 ; 29 juin 1855, Lebon 473.

(140) V. C. d'Et., 5 août 1901, D. P. 1903.3.32.

(141) Avant cette loi les associations syndicales, dont l'existence remonte en France au XII^e siècle, furent instituées par la loi du 16 sept. 1807, modifiée par les décrets de décentralisation du 25 mars 1852 et du 13 avril 1861, qui prévoient les associations syndicales forcées, et qui sont encore en vigueur. On peut citer comme types d'associations syndicales celles qui furent instituées par les décrets du 6 mai 1854, qui organisèrent le dessèchement des marais de Naville (Nord) et du 19 nov. 1854 relatifs à la constitution de l'Association syndicale du canal d'irrigation de Cadenet (Vaucluse). La loi du 21 juin 1865 est venue donner

conditions déterminées par la loi du 21 juin 1865 et 22 décembre 1888, pour exécuter et entretenir à frais communs les travaux que les dites lois énumèrent. Le syndicat est la réunion des personnes désignées pour administrer l'association.

Il faut distinguer deux types d'associations syndicales :

a) Les associations syndicales libres ou autorisées (Régies par la loi du 21 juin 1865), et

b) Les associations syndicales forcées (Régies par la loi du 14 floréal an XI et 16 septembre 1807).

L'origine des associations syndicales forcées se trouve dans les lois du 14 floréal an XI et 16 septembre 1807, qui avaient donné le droit au gouvernement de constituer des associations syndicales *par voie de contrainte*, toutes les fois quand l'intérêt public demande la construction de certains travaux et que les propriétaires ne peuvent tomber d'accord sur leur opportunité, et ne consentent pas à supporter leurs charges, quoique ce soient eux qui profitent des plus-values qui résultent par la suite de l'exécution de ces travaux, et bien que ce profit se manifeste en écartant certains dommages imminents. Ce droit de contrainte est maintenu par la loi du 21 juin 1865, et s'exercera toujours quand il s'agira d'exécuter les travaux spécifiés dans les n^{os} 1, 2 et 3 de l'art. 1^{er} de cette loi, savoir : 1^o Les travaux de défense de terrains contre la mer et les cours d'eau ; 2^o Les travaux de curage et d'aménagement des canaux, rivières non navigables ou flottables et des canaux de dessèchement et d'irrigation, et finalement 3^o Les travaux de dessèchement des marais.

La nature juridique de ces associations syndicales a donné lieu à une controverse en doctrine et en jurisprudence. D'après la Cour de Cassation et certains auteurs (142), elles doivent être considérées comme de simples *établissements d'utilité publique* ... « attendu que... de telles associations, tout en présentant pour des régions déterminées un caractère incontestable d'utilité publique, reconnue et constatée par le gouvernement, ne font pas néanmoins partie de l'Administration » (143). Au contraire, le Tribunal des conflits (144) a décidé que les associations syndicales *présentaient le caractère*

ensuite une réglementation complète à ces importants établissements publics (v. Louis Lambert : *Des associations syndicales*, thèse, Paris, 1881, pp. 51 et suiv.).

(142) Dueroq : *Cours de dr. adm.*, 6^e éd., t. II^e, n^o 1572.

(143) Civ., 1^{er} déc. 1886, D. P. 1887.1.183, C^{ie} française d'irrigation du canal des Alpes.

(144) 9 déc. 1897, S. P. 1900.3.49, *Ass. Synd. du Canal de Gignac*, les renvois, et la note de M. Hauriou.

d'établissements publics. Cette jurisprudence aujourd'hui acquise est en accord avec les dispositions de la loi du 21 juin 1865, qui avait prévu en faveur de ces associations syndicales le droit d'exproprier et de lever certaines taxes sur les propriétés bénéficiant de plus-values résultant des travaux entrepris par elles (145).

6° *Les concessionnaires*. — La concession de travaux publics n'étant qu'un mode d'exécution des ouvrages d'utilité publique, il est évident que les travaux des concessionnaires soient des travaux publics. Il en est de même pour les travaux des concessionnaires de services publics, qui sont inséparablement liés à l'exploitation du service, il serait ainsi, par exemple, pour une Compagnie concessionnaire de chemins de fer, quant à l'établissement des ateliers de réparation du matériel roulant, gares, remises, etc.

En effet, le concessionnaire agit toujours pour le compte de l'Administration à laquelle il s'est substitué, et une fois la concession expirée, les ouvrages entrèrent dans le patrimoine administratif ou plus exactement dans le domaine public (146).

Cependant, une difficulté se présente lorsque les travaux sont effectués par des personnes autorisées à exploiter cette partie du domaine public national qu'est l'énergie hydro-électrique et le combustible minéral, dont l'importance pour l'économie nationale s'est accentuée surtout pendant la guerre.

La question qui se pose est de savoir dans quelle mesure les travaux effectués par les concessionnaires de chutes d'eau et de mines peuvent être considérés comme travaux publics ?

En effet, tandis que les travaux des concessionnaires de mines ont été toujours considérés comme des ouvrages privés, par contre, les travaux des concessionnaires des chutes d'eau sont rangés aujourd'hui, et depuis le fameux arrêt de *Segalas* (1928) parmi les travaux publics.

Comment cette distinction s'explique-t-elle ?

Bien qu'il existe, au point de vue de leur régime juridique, une ressemblance marquée entre les chutes d'eau et les mines (147), il

(145) Aucoc : *Conf. sur le dr. adm.*, 3^e éd., t. I^{er}, n° 206 ; Marc Noël : *op. cit.*, p. 47.

(146) V. C. d'Et., 19 déc. 1873, D. P. 1875.3.70, C¹^{re} de publicité diurne et nocturne.

(147) V. Achille Mestre : *La jurisprudence de la houille blanche*, Paris, Sirey 1929, pp. 18 et suiv. ; *Cours de doctorat* 1928-29, p. 72 : « Les deux lois concer-

y a une première différence fondamentale entre les concessions de chutes d'eau et de mines en ceci que la seconde concession est *un acte unilatéral de l'Administration*, en vertu duquel le concessionnaire des mines est autorisé à occuper et à exploiter pendant un certain temps une mine, alors que *la concession de chute d'eau présente le caractère de véritable contrat entre l'Administration concédante et le concessionnaire*.

Mais il y a encore d'autres différences, voici les plus importantes :

1° La concession de mines est une exploitation purement privée. Cela explique suffisamment pourquoi le prix du charbon sera toujours librement fixé par le mineur, tandis que le prix du courant électrique est établi par l'Administration. De plus, la concession de mine n'aboutira jamais au fonctionnement d'un service public. Par contre le service de l'éclairage et de la traction a bien le caractère public.

Cependant, il ne faut pas trop s'attacher à la considération de service public pour trouver le caractère public des travaux effectués par le concessionnaire de chutes d'eau. En effet, alors que certains auteurs, notamment M. Pépy (v. note au Dalloz, 1926.3.65) considèrent comme travaux publics, par rapport aux chutes d'eau, seulement ceux qui étaient effectués par les entreprises destinées à alimenter les services publics d'éclairage et de traction, une doctrine

nant ces deux formes de l'activité économique ont été discutées par le Parlement presque simultanément, les principes qui les inspirent sont très analogues et l'influence exercée par la législation minière sur le régime hydraulique est indéniable. »

Ressemblance entre le régime de chutes d'eau et des mines :

1. Les deux concessionnaires ont la possibilité d'occuper les terrains nécessaires dans des conditions presque identiques (v. l'art. 4 de la loi du 16 oct. 1919 sur les chutes d'eau, et l'art. 43 de la loi sur les mines du 9 sept. 1919).

2. Compétence des tribunaux judiciaires pour les constatations auxquelles donne lieu l'exercice de ce droit d'occupation (v. les articles ci-dessus cités).

3. L'obligation du concessionnaire d'acquiescer sur réquisition du propriétaire les terrains devenus, à la suite des travaux, impropres à la culture (Réquisition d'achat) (v. les mêmes art.).

4. Le concessionnaire de chutes aussi bien que le concessionnaire de mines a la possibilité de recourir à l'expropriation pour cause d'utilité publique (art. 5 de la loi des chutes d'eau et art. 44 de la loi des mines).

5. Enfin on peut établir une analogie entre les indemnités accordées aux propriétaires qui ont subi non pas une expropriation mais une *éviction* de leurs droits, savoir : a) *en matière des chutes d'eau* : indemnité due au propriétaire du passage inférieur, à cause de privation d'eau détournée par l'installation des turbines du concessionnaire ; b) *en matière des mines* : indemnité au propriétaire de la surface (art. 6 de la loi des chutes, art. 43 de la loi des mines) (v. Achille Mestre ; *Cours de doct.* 1928-29, pp. 72-73).

contraire représentée par MM. Mestre et Blaevoet, n'hésite pas à voir indistinctement dans tout aménagement de chute réalisé par le concessionnaire, un travail public quelle que soit la destination de l'énergie produite (148).

Voici l'argumentation victorieuse de M. Mestre :

« Nous ne regardons pas comme acceptable l'opinion qui réserve la qualification de travaux publics aux ouvrages destinés à alimenter les services publics. Il faut tenir compte en effet des cas très nombreux où l'énergie produite par une seule usine sert à un double usage, où elle alimente pour partie un réseau de distribution et pour partie l'usine privée du concessionnaire. Ajoutons que la destination de l'énergie produite n'est pas arrêtée *ne varietur* au moment de la concession : rien n'empêche l'exploitant de la modifier par la suite. Constatons enfin que, aux termes d'une jurisprudence aujourd'hui bien établie, la considération du service public à gérer n'apparaît pas comme déterminante en ce qui concerne la nature des travaux » (149).

2° Les travaux des concessionnaires de chutes d'eau sont faits pour le compte de l'Administration qui entrera de plein droit dans la possession des installations à la fin de la concession. Dès ce moment même, l'Administration peut continuer à faire marcher l'usine, car *l'énergie est éternelle, inépuisable*, tandis que la mine après l'expiration de la concession fixée à 99 ans pourrait se trouver complètement démunie de minerai, ce qui serait la suite normale d'une bonne exploitation. On ne pourrait donc soutenir que le concessionnaire des mines ait agi pour le compte de l'Administration puisqu'elle ne trouve rien dans la mine après l'expiration de la concession (150).

Examinons maintenant les trois arrêts du Conseil d'Etat qui constituent aujourd'hui la jurisprudence en matière de chutes d'eau, par lesquels la Haute Cour administrative a solutionné la question à savoir si l'on doit considérer les travaux des concessionnaires d'installations hydro-électriques comme ayant le caractère de travaux publics.

Dans un premier arrêt (2 mai 1924, *Soc. des Grands Travaux de Marseille*, Lebon 436) le Conseil d'Etat a statué sur une demande en décharge de contribution faite par la Société de concessionnaires de

(148) V. Achille Mestre : *La jurisprudence de la houille blanche*, p. 20.

(149) V. Achille Mestre : *ibidem*.

(150) V. Achille Mestre : *Cours Doct.* 1928-29, p. 74.

chutes d'eau de *Beaumont-Monteux*, et préalablement sur la nature des travaux effectués par les concessionnaires. Il s'agissait de savoir si le concessionnaire de chutes d'eau devrait être imposé comme un simple industriel ou bien comme « entrepreneur de travaux publics ». Donc la question qui se posait était la suivante : Les aménagements de chutes d'eau sont-ils ou non de travaux publics ?

L'arrêt rendu par le Conseil d'Etat qui a solutionné *affirmativement* cette question n'a pour nous qu'un intérêt secondaire car la concession en question n'entraîne pas sous le régime de la loi du 16 octobre 1919, et parce que l'argumentation de l'arrêt ne présente pas une précision désirable (151).

Par un deuxième arrêt rendu le 5 août 1925 (D. P. 1926.3.65, et la note de M. Pépy) le Conseil d'Etat a solutionné dans le même sens et d'une manière implicite cette question. Notamment le Conseil d'Etat devait examiner en appel la demande en indemnité d'un propriétaire riverain dont la source fut tarie à la suite des travaux d'aménagement faits par un concessionnaire de chutes d'eau. Or la question de la compétence n'a pas été posée ni devant le Conseil de préfecture qui avait statué en première instance, ni devant le Conseil d'Etat. Il résulte sans doute, du simple fait que le Conseil d'Etat ait statué, qu'il considérait que la juridiction administrative était compétente, reconnaissant ainsi tacitement le caractère public des travaux du concessionnaire de chutes d'eau, car s'il avait voulu statuer dans un sens contraire, il n'aurait pas manqué de relever d'office l'incompétence, qui est d'ordre public (152).

Le caractère de travaux publics des aménagements faits par les concessionnaires de chutes d'eau fut reconnu avec une netteté parfaite ne laissant subsister désormais aucun doute dans une troisième jurisprudence : le célèbre arrêt de *Sigalas* (C. d'Etat, 22 juin 1928, Sirey 1928.3.113, avec la note de M. Hauriou et les conclusions de M. le Commissaire de Gouvernement Josse).

Dans cette affaire il était question d'une demande en indemnité formulée par un particulier à raison des opérations de nivellement et de mensuration exécutées par un concessionnaire d'une chute d'eau en vue de déterminer l'emplacement des installations définitives de l'usine hydro-électrique.

(151) V. Achille Mestre : *La jurispr. de la houille blanche*, p. 21.

(152) V. Achille Mestre : *Cours de doct.* 1928-29, p. 88.

Aux termes de l'art. 28 de la loi du 16 octobre 1919 les propriétaires sont tenus de laisser faire ces opérations de mensuration et de nivellement aux conditions fixées par les décrets portant règlements d'administration publique des 20 janvier 1923 et 20 décembre 1926.

Les époux de Sigalas dont la propriété a été endommagée par les travaux de la Société hydro-électrique concessionnaire qui a abattu des arbres sur leur propriété, assignaient la Société concessionnaire devant le Conseil de préfecture, réclamant une indemnité.

En même temps le Conseil de préfecture a été saisi d'une demande reconventionnelle formulée par les concessionnaires contre les époux Sigalas qui par exploit d'huissier faisaient défense à la Société de continuer ses travaux, de sorte que les travaux furent interrompus pendant plusieurs mois, ce qui cause des préjudices aux concessionnaires.

Après avoir ordonné une expertise afin de faire constater et évaluer les dommages que les parties se seraient causés réciproquement, le Conseil de Préfecture a rendu sa décision en allouant par la même sentence une indemnité de 15.000 francs à la Société et de 3.475 francs aux époux Sigalas.

Le Conseil de réfecture en statuant à la fois sur les deux demandes a outrepassé sa compétence: En effet, la loi du 28 pluviôse an VIII établit la compétence du Conseil de préfecture pour connaître les demandes en indemnité à raison des dommages causés par les travaux publics, c'est-à-dire en l'espèce ceux qui ont été causés aux époux de Sigalas. Par contre les dommages causés par les particuliers à la Société sont de la compétence judiciaire (153). La règle que le juge du principal est le juge du reconventionnel, ne joue qu'autant que ne s'y oppose pas le principe de la séparation des pouvoirs (154).

C'est pourquoi le Conseil d'Etat n'a pas manqué d'annuler l'arrêt rendu par le Conseil de préfecture, en ce qui concerne l'indemnité allouée à la Société concessionnaire, considérant que c'est devant l'autorité judiciaire seule compétente, que la Société devait porter sa réclamation.

(153) V. C. d'Et., 26 février 1913, *Gallard*, Lebon 273, cité par M. le Commissaire de gouvernement Jossé.

(154) V. les conclusions de M. le Commissaire de gouvernement Jossé, et C. d'Et., 23 janv. 1924, *Soc. la Providence*, Lebon 80.

D'autre part, le Conseil d'Etat, statuant sur le second point du recours, savoir l'indemnité accordée aux propriétaires pour les dommages qui leur étaient causés par les travaux des concessionnaires, devait examiner d'abord si le Conseil de préfecture était compétent pour connaître ce litige. En effet, les requérants ont demandé l'annulation de l'arrêt attaqué dans son entier, en alléguant que le Conseil de préfecture est incompétent sur l'ensemble du litige, car la loi du 16 octobre 1919 a voulu conserver aux travaux des concessionnaires de chutes d'eau le caractère de travaux privés. Cela résulte — dit la requête — de l'art. 4, § 8 de ladite loi, qui tout en admettant le concessionnaire à user du droit d'occupation temporaire de la loi du 29 décembre 1892, attribue expressément à la compétence de la juridiction civile le règlement des indemnités.

Cette argumentation est repoussée par le Conseil d'Etat qui, après avoir dégagé dans la première partie de ses considérations la nature publique des travaux du concessionnaire de chutes d'eau, nous montre quelle est la juste portée de l'art. 4, § 8 de la loi du 16 octobre 1919. Nous commencerons donc l'examen de l'arrêt Segalas par cette seconde partie :

« Il est vrai, dit le Conseil d'Etat, que l'art. 4 prévoit que pour les servitudes qu'il envisage, la compétence sera celle des tribunaux judiciaires ; mais que *cette compétence toute exceptionnelle, doit être limitée strictement aux cas énumérés par ledit article* ; que, dans toutes les autres circonstances, les demandes d'indemnité pour dommages causés par les travaux du concessionnaire doivent être portés devant le Conseil de préfecture.

Il en résulte qu'en l'espèce, il faut faire une distinction entre *a) les servitudes et évictions causées par les concessionnaires des chutes d'eau* (prévues par l'art. 4 de la loi du 16 oct. dont le contentieux est attribué aux tribunaux judiciaires) et *b) les dommages résultant de l'occupation temporaire des terrains pour les travaux d'études préliminaires* (mensurations, nivellements) qui n'entrent pas dans les prévisions de l'art. ci-dessus cité. L'instance compétente pour connaître des litiges ayant cet objet est le Conseil de préfecture, conformément aux dispositions du règlement du 20 janv. 1923, fait en application de l'art. 28 de la loi du 15 oct. 1919.

Donc, l'art. 4 de la loi du 16 oct. 1919, prévoit uniquement les servitudes d'utilité publique et évictions qui doivent être supportées par les propriétaires, contre indemnité, de même que l'art. suivant prévoit la possibilité de l'expropriation pour cause d'utilité publi-

que. De plus, l'art. 6 de la loi de 1919 porte sur l'indemnité qui sera due aux propriétaires riverains évincés de leur droit à la force motrice des eaux, qui leur fut reconnu auparavant par l'art. 644 du C. civ. Or, la loi du 16 oct. 1919 a enlevé ce droit aux riverains en déclarant que l'énergie appartient à l'Etat. Par ces dispositions on a permis de briser la résistance des « *barreurs de chutes* ». Pour donner cependant une satisfaction aux riverains, l'art. 6 prévoit que « l'éviction des droits particuliers à l'usage de l'eau, exercé ou non, donne ouverture à une indemnité en nature ou en argent » et qu'en cas de désaccord sur la nature ou le montant de cette indemnité, la contestation sera portée devant les tribunaux judiciaires.

Voilà donc toute une série de dispositions restrictives des droits des riverains qui ne peuvent à aucun titre être confondues avec les *dommages* qui résultent de l'exécution des travaux faits par les concessionnaires de chutes d'eau.

Pourquoi a-t-on attribué aux instances judiciaires les contestations prévues par les art. 4, 5 et 6 de la loi du 16 oct. 1919 ?

D'abord, parce que les tribunaux judiciaires sont « les gardiens nés de la propriété privée » (155). La procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique dans sa seconde phase qui concerne directement la *propriété* ; le jugement de l'expropriation est judiciaire, le jury de l'indemnité est présidé par un magistrat, la décision du jury et l'ordonnance du magistrat président sont soumis à la voie de recours en Cassation.

On retrouve partout le principe que les atteintes à la propriété privée sont de la compétence de l'autorité judiciaire. Ainsi par exemple l'art. 12 de la loi sur les distributions de l'énergie du 15 juin 1906 donne à la *compétence des instances judiciaires* (notamment les juges de paix) le pouvoir de régler les indemnités dues à raison des servitudes d'appui, de passage, etc., prévues par le même article. Il est donc naturel que les servitudes et évictions prévues par la loi du 16 oct. 1919 soient soumises au même régime. Cependant on ne saurait déduire de là que les travaux du concessionnaire de chutes d'eau soient des travaux privés.

Examinons maintenant les considérations qui ont guidé le Conseil d'Etat lorsqu'il a déclaré, par l'arrêt Sigalas, comme travaux publics les ouvrages des concessionnaires de chutes d'eau :

(155) Achille Mestre : *Cours de doct.* 1928-29, p. 97.

Première considération : Le concessionnaire agit pour le compte de l'Administration.

« Considérant, dit l'arrêt, que les ouvrages établis par les concessionnaires d'usine hydro-électrique sous le régime de la loi du 16 oct. 1919, doivent faire retour à l'Etat à l'expiration de la concession... ». Il est donc bien évident que les travaux du concessionnaire sont faits pour le compte de l'Etat.

Deuxième considération : Les travaux du concessionnaire pourvoient aux besoins de la collectivité.

...« Considérant... que la loi crée au profit et à la charge du concessionnaire un système de droits et obligations destiné à assurer dans le présent et dans l'avenir le meilleur emploi de la richesse naturelle des cours d'eau dont la puissance publique concède l'usage en vue de pourvoir aux besoins de la collectivité ».

Quelle est la portée exacte de cet argument ?

De prime abord il est évident que la loi du 16 oct. 1919 permet à la puissance publique, à l'Etat, d'investir le concessionnaire des droits exorbitants et des obligations qui préalablement appartenaient à l'Administration. Le concessionnaire représentera désormais l'Administration qui délègue ses attributions, il agira donc pour le compte de l'Administration, il participera étroitement à l'action administrative (156).

D'autre part, cette délégation des attributions administratives est faite en vue de « pourvoir aux besoins de la collectivité ». Cette expression mérite d'être relevée car l'argumentation de l'arrêt est sur ce point très subtile et présente une importance beaucoup plus grande qu'on ne saurait le croire à première vue.

M. Mestre (157) fait une analyse très minutieuse et d'une remarquable clarté de ce passage de l'arrêt ci-dessus cité : « Dans l'espèce, dit M. Mestre, une partie de l'énergie produite — partie d'ailleurs très faible : 1/10 — était réservée aux services publics ; l'arrêt aurait pu tenir compte de ce fait et indiquer que l'usine était destinée à les alimenter au moins partiellement ; il s'est abstenu de cette considération ; il peut arriver en effet que, dans certaines circonstances, des réserves n'aient pas été stipulées au Cahier des charges et la préoccupation visible des rédacteurs de l'arrêt a été de formuler une solution valable pour toutes les concessions de chutes ».

(156) Achille Mestre : *Cours de doct.* 1928-29, p. 92.

(157) *La jurisprudence de la houille blanche*, p. 22.

Il résulte donc des termes employés que les rédacteurs de l'arrêt *Sigalas* se sont inspirés de l'arrêt *Commune de Monségur*, en confirmant une fois de plus le principe qu'il faut reconnaître le caractère public des ouvrages faits en vue de pourvoir aux besoins de la collectivité alors même qu'il ne sont pas attachés à un service public. « La préoccupation du service public à assurer éventuellement n'intervient ainsi qu'au second plan, non point pour motiver directement la qualification des travaux, mais seulement pour caractériser les préoccupations du législateur de 1919 » (158).

Troisième considération : Le concessionnaire de chutes d'eau est intimement associé à l'Administration ; par l'acte de concession elle peut lui imposer de fournir une partie de l'énergie à l'Administration.

La collaboration du concessionnaire à l'activité administrative résulte aussi de ce que l'acte de concession peut lui imposer, conformément à l'art. 10 de la loi du 16 octobre 1919, l'obligation de pourvoir aux besoins des divers services publics étroitement liés à l'énergie produite (tramways, éclairage) et à l'emploi d'une grande quantité d'eau (service d'adduction d'eau potable).

Voici les termes de l'arrêt : « ...Considérant... que notamment la loi dispose que le concessionnaire devra constituer des réserves en force et en eau qui seront tenues par lui à la disposition des services publics selon les conditions inscrites au cahier des charges et en vue desquelles il devra effectuer les travaux nécessaires pour leur utilisation, qu'elle prévoit, en outre, que les tarifs maxima seront arrêtés tant pour lesdites réserves que pour les ventes d'énergie au public s'il y a lieu. »

Ce passage de l'arrêt *Sigalas* paraît contredire le deuxième principe dégagé ci-dessus. En effet, l'arrêt se réfère à l'art. 10 de la loi du 16 octobre 1919, qui prévoit l'obligation pour le concessionnaire de constituer des réserves en forces et en eau pour les services publics.

Faut-il voir dans ce texte de l'arrêt un revirement jurisprudentiel et une adhésion à la thèse suivant laquelle les travaux publics sont ceux qui sont consacrés à assurer les services publics ? Certes non, car l'arrêt *Sigalas* ne dit nulle part que l'énergie produite sera consacrée aux services publics.

D'autre part, même le texte de l'art. 10 de la loi du 16 octobre 1919 n'affirme pas que les réserves en question sont *obligatoirement*

(158) Achille Mestre : *Ibidem*, p. 23, note 1.

imposées aux concessionnaires. L'article cité est bien clair sur ce point. Il dit ceci : « Le cahier des charges détermine notamment.... 6° Les réserves en eau et en force à prévoir, *s'il y a lieu*, au profit des services publics de l'Etat, etc... »

Il est donc bien évident que sur ce point l'arrêt, par l'allusion aux services publics, n'a pas voulu faire autre chose qu'accentuer le caractère administratif plus marqué de la concession des chutes d'eau (159).

Quatrième considération : Le caractère administratif des travaux du concessionnaire résulte encore des dispositions du cahier des charges.

L'arrêt Sigalas fait seulement allusion à ces dispositions sans entrer dans les détails et tirer de nouveaux arguments pour sa thèse déjà suffisamment motivée (160).

Ces arguments seraient les suivants :

1° les travaux du concessionnaire de chutes d'eau sont énumérés dans le cahier des charges et doivent être effectués dans les conditions fixées par l'administration (art. 10 de la loi du 16 octobre 1919) ;

2° le cahier des charges type arrêté par le décret du 5 septembre 1920 prévoit l'obligation pour le concessionnaire de faire approuver ses projets (art. 8) et de commencer les travaux dans les délais qui devront être observés par le concessionnaire sous peine de sanctions qui peuvent aller jusqu'à la déchéance (art. 9) (161) ;

3° l'administration exerce un contrôle permanent des travaux pendant la construction (art. 10 du décret ci-dessus cité) ;

4° la mise en fonction de l'usine doit être autorisée par un arrêté préfectoral (art. 9) ;

5° de même le cahier des charges prévoit le bornage des installations (art. 11) qui a pour but de délimiter les immeubles dépendant de la concession, qui sont soumis à un régime juridique différent ;

6° enfin l'art. 20 de la loi du 16 octobre 1919 consacre la participation financière des particuliers dont les terrains bénéficient de plus-values à la suite des travaux exécutés par l'Etat ou les concessionnaires. Les actions en indemnité à raison de plus-values seront

(159) Achille Mestre : *Cours de doct.* 1928-29, p. 94.

(160) Achille Mestre : *Ibidem.*

(161) V., sur le cahier des charges type du 5 sept. 1920, l'excellente thèse de M. Garnier, Paris, 1931.

intentées contre les propriétaires bénéficiaires par une autorisation préalable accordée par décret rendu en Conseil d'Etat.

L'ensemble des arguments véritablement impressionnants que nous venons de citer montre d'une façon irréfutable la portée de l'arrêt Sigalas, savoir que les travaux des concessionnaires de chutes d'eau ont bien la qualification de travaux publics.

Cependant l'arrêt Sigalas est vivement critiqué par M. Hauriou qui y voit un envahissement abusif du droit administratif dans le droit privé.

4. *La notion d'utilité publique à laquelle les travaux correspondent.*

La notion d'utilité publique est l'idée fondamentale du droit administratif. Elle le domine, elle en est le but. « La base du système administratif — dit M. Hauriou (162) — c'est la notion de puissance publique exercée dans un but d'utilité publique ». M. Noël exprime cette idée dans la formule suivante : « L'Administration ne peut agir qu'en vertu de l'intérêt général. La satisfaction de l'intérêt général peut être d'une telle utilité qu'elle exige le sacrifice des intérêts et droits privés, c'est-à-dire l'emploi des procédures du droit public. Nous disons alors qu'elle présente un caractère d'utilité publique. Dans le cas où l'intérêt général n'est pas assez impérieux pour que sa satisfaction apparaisse comme étant d'utilité publique, il ne peut y être pourvu que par les procédés ordinaires du droit privé. La notion d'utilité publique nous apparaît ainsi comme la base, le fondement même de l'application du droit administratif » (163).

On arrive donc à la fameuse définition d'Ulpien ; l'utilité publique dominant tout le droit public et traçant la ligne de démarcation entre le droit public et privé (164).

D'autre part c'est le but d'utilité publique qui explique les nombreuses prérogatives exorbitantes du droit commun qui dépassent les sacrifices qu'un individu exerçant ces droits peut imposer à un autre, dont l'administration jouit toujours lorsqu'elle gère les intérêts collectifs. Dès qu'elle s'éloignera de ce but, son pouvoir de

(162) V. note sous l'arrêt Monségur, S. 1921.3.49.

(163) V. *op. cit.*, pp. 113-114.

(164) ... « *publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet* » (D. I. 1.1.2 ; Ist. I.1.4).

commandement ne sera plus justifié, elle abusera de son pouvoir en le détournant dans un but égoïste, individuel.

La notion d'utilité publique peut être envisagée d'une manière plus large ou plus étroite.

Dans une conception plus large, l'utilité publique appartient au domaine de la politique sociale et de la philosophie utilitariste. Elle peut être retrouvée sous certaines formes dans la morale. C'est une phase *idéale*.

Dans une conception plus étroite et pratique elle est une notion du droit public car elle suppose une puissance au-dessus des individus, la collectivité organisée qui ait la possibilité de la réaliser, s'il est nécessaire, par la contrainte. Ainsi dans le droit l'utilité publique apparaît comme une *restriction* des droits individuels, égoïstes. La propriété est soumise à la restriction de l'expropriation pour cause d'utilité publique, les droits individuels sont limités par les actes de gouvernement que l'Etat est obligé de décréter lorsque la sûreté publique et même l'existence de la Nation est menacée à la suite de circonstances d'une extrême gravité. Un autre aspect juridique de l'idée d'utilité publique est la création et conservation de certains biens collectifs et l'organisation des services publics. Finalement l'utilité publique est le but de l'activité administrative, c'est un leit motif pour ainsi dire, qu'on retrouve dans chaque institution de droit public (165).

Les origines de la notion d'utilité publique correspondent à l'origine de l'humanité. De tous les temps les organisations humaines mettaient en commun leurs énergies afin d'éviter un danger. Ce sentiment de solidarité se développera dans le cadre de la famille de la tribu et de la nation. La civilisation apporte le respect de l'individu, la religion adoucira les mœurs et élèvera à la valeur d'une règle morale les sentiments charitables envers ses semblables. Les découvertes de la science donnèrent à l'homme des biens qui dépassaient la possibilité d'une accapARATION individuelle. L'économie politique organisera les efforts collectifs, rendant le travail moins pénible par une coordination des efforts individuels vers les buts plus propres à satisfaire la collectivité. Les individus arrive-

(165) On pourrait donner la définition suivante de la notion d'utilité publique : C'est le but vers lequel la collectivité organisée tend pour assurer les nécessités d'ordre matériel et moral de la vie en commun, en coordonnant les nécessités générales aux intérêts et droits individuels, dans une harmonie sociale.

ront peu à peu à la conception de la solidarité dans le cadre de l'utilité publique.

Cependant cette conception ne sera réalisée que lors de l'intervention de la puissance publique qui imposera des sacrifices pour le bien commun. De plus en plus l'Etat prendra le rôle d'arbitre pour coordonner et concilier les divers intérêts.

Dans notre civilisation l'activité humaine est conduite par le principe d'individualisme proclamé par la Révolution française. La déclaration des droits de l'homme et du citoyen énonce que l'individu est libre de poursuivre son bonheur et jouit de ses biens dans la limite où il ne gêne pas autrui. Ces droits individuels ne sont restreints que dans la mesure où des raisons supérieures demandent certains sacrifices qui sont strictement délimités par les lois fondamentales de l'Etat. Ces lois assurent le citoyen contre l'abus d'autorité. La puissance publique ne s'exerce que pour réaliser l'intérêt de tous. La contrainte n'est jamais agréable, la nature humaine est avide de sa liberté, c'est elle qui permet de réaliser le bonheur des individus. C'est la grande diversité de ces intérêts individuels qui impose toujours de la prudence à la puissance publique quand elle impose un sacrifice des droits individuels pour satisfaire les intérêts collectifs. Il faut que cet intérêt collectif présente une utilité publique bien nette, qu'il crée des avantages indéniables non seulement pour une coterie mais pour un plus grand nombre d'individus.

Nous examinerons maintenant l'évolution de la notion d'utilité publique dans le cadre de l'expropriation et des travaux publics.

On sait que l'expropriation pour cause d'utilité publique a ses origines dans les travaux publics. Elle fut pendant longtemps incorporée indistinctement dans les opérations de travaux publics. Dans une seconde phase de son évolution l'expropriation est toujours liée aux travaux publics, mais elle constituera une opération préliminaire distincte et non toujours nécessaire. Dans une troisième phase que nous signalerons seulement, l'expropriation est complètement séparée des travaux publics et entre dans le domaine de la politique sociale ou de l'économie nationale (166).

(166) La loi constitutionnelle roumaine du 29 juin 1917 prévoit l'expropriation pour cause d'utilité nationale : la réforme agraire. Dans certains cas encore le législateur admet l'expropriation au profit des particuliers. Ainsi l'art. 44 de la loi française des mines (cf. les art. 57-66 et 225 de la loi roumaine du 29 mars 1929) donne le droit aux concessionnaires des mines de recourir à l'expropriation

On trouve en France les premières traces de l'expropriation pour cause d'utilité publique, qu'on appelait alors « retraite d'utilité publique » dans l'ancien droit français (xiii^e siècle) (167). Le premier texte sur cette matière est une ordonnance de Philippe le Bel, de 1303, qui prévoit le droit de l'Etat de s'emparer de la propriété privée en cas de nécessité et moyennant un juste prix. A partir de cette date de nombreuses lettres patentes, arrêts des Parlements, édits et ordonnances autorisent l'expropriation afin de permettre l'exécution des travaux publics qui ont pris un grand essor avec le renforcement de la puissance royale.

La déclaration de l'homme et du citoyen a posé d'une manière solennelle le principe de l'inviolabilité de la propriété et son corollaire, l'expropriation pour cause d'utilité publique : « La propriété est inviolable et sacrée, nul ne peut en être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique légalement constatée l'exige évidemment, et sous condition d'une juste et préalable indemnité (Déclar. 9-14 sept. 1791, art. 17 ; Déclar. 21 juin 1793, art. 20). Ce texte fut maintenu par toutes les Constitutions postérieures et passa dans l'art. 545 du Code Napoléon. La loi du 16 septembre 1807 sur le dessèchement des marais dans le titre XI plaça dans les attributions de l'administration non seulement la déclaration d'utilité publique, mais encore le droit de prononcer l'expropriation et de régler l'indemnité. D'après cette loi l'expropriation était une opération purement administrative, et conformément à un avis du Conseil d'Etat du 21 décembre 1808, l'Administration pouvait retarder le paiement de l'indemnité toutes les fois que l'urgence des travaux requérait une dépossession immédiate. Cette loi fut très favorable à l'exécution des travaux publics qui pendant le Premier Empire

pour cause d'utilité publique lorsqu'ils veulent construire des canaux ou des chemins de fer pour le transport du minerai. Une loi hongroise qui est demeurée en vigueur jusqu'à son abrogation par l'art. 17 de la Constitution de 1923, en Transylvanie est allée encore plus loin en admettant l'expropriation pour cause d'utilité publique au profit des industries nationales privilégiées (*Loi*, n° 3 de 1907 ; v. Kmetty Karoly : *Magyar közigazgatási jog*, Budapest, 1911, t. I^{er}, p. 354). Ce privilège fut réclané pour l'industrie privée de la Roumanie par M. Manoilescu, dans un article sur le projet de la Constitution de 1923 (v. *Politica economica de Stat si Constitutia*, dans *Noua Constitutie a României*, 1922, Ed. Inst. Soc. Rom., p. 167). « Nous croyons qu'il est nécessaire de prévoir parmi les cas où l'expropriation est possible celui qui a pour but l'encouragement de l'industrie nationale... au bénéfice des établissements industriels qui représentent une utilité supérieure... ».

(167) V. Béquet : V^o *Expropriation*, n° 193, et les ouvrages cités.

furent très importants; mais elle ne garantissait pas suffisamment la propriété privée.

Cependant Napoléon respectait trop la propriété pour ne pas saisir les lacunes de cette loi. Dans une lettre adressée à Cambacérès et datée de Schönbrunn, le 29 septembre 1809, il fixe les principes (168) qui doivent être suivis par la nouvelle loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, qui fut promulguée le 8 mars 1810. Mais des inconvénients d'un ordre différent ont rendu cette loi inapplicable; les magistrats trop pénétrés du respect de la propriété privée, accordèrent des indemnités excessives, suivant trop facilement l'avis des experts (Bequet, V^e *Expropriation*, n^o 8). Enfin la loi du 7 juillet 1833 et du 3 mai 1841 ont posé définitivement la base du système de l'expropriation en vigueur.

Par rapport aux travaux publics, l'utilité publique est un élément constitutif de leur définition. Tous les ouvrages faits sur immeubles et pour le compte de l'Etat qui présentent une utilité évidente pour une partie distincte de la population, sont des travaux publics.

Les travaux publics reflètent à travers l'histoire les principes généraux de l'organisation étatique et la conception de la civilisation aux différentes époques. Dans le monde romain ils étaient exécutés dans un but militaire pour assurer les conquêtes et la défense de ce grand Empire. La gloire des peuples s'est immortalisée dans les gigantesques constructions et chefs-d'œuvre d'art, qui répondaient sans doute aux besoins publics, sans cependant que cette préoccupation fut leur principal but.

Dans le moyen âge, les intérêts publics ont été subordonnés aux intérêts du seigneur du fief. Néanmoins, on retrouve à cette époque des travaux publics construits par piété (169) ou bien qui répondaient à des nécessités de défense. La renaissance de la puissance publique et la création des Etats nationaux inaugurent les travaux

(168) « On doit d'abord définir quelles sont les formes qui constatent l'utilité publique. Il faudrait que ce fût un sénatus-consulte, une loi ou un décret délibéré en Conseil d'Etat. S'il prend fantaisie à un préfet d'agrandir la préfecture, la prison ou l'hôpital, d'un jardin ou d'une aile de bâtiment, ce ne peut être une raison pour exproprier un citoyen, s'il n'y a pas un décret qui en pose l'utilité ». Dans la suite de sa lettre l'Empereur recommande de prendre des mesures pour sauvegarder encore le citoyen contre l'arbitraire de l'administration par la *procédure judiciaire de l'expropriation*.

(169) L'Eglise a toujours considéré la construction et l'entretien des ouvrages publics comme une œuvre pieuse et charitable. De nombreuses indulgences furent données à ce propos (v. C. T. Flower : *Publics works in medieval law*, Ed. The Selden Society, London, 1923, II^e volume, p. xix).

publics de notre temps. Ainsi en France, sous Henri IV, on a commencé des travaux qui ont satisfait directement les besoins du peuple : les dessèchements des marais, la création des grandes routes, etc. C'est alors que la notion d'utilité publique évoluera sous l'influence des idées humanitaires vers une conception sociale de l'Etat : Bientôt toute activité de la puissance publique sera dirigée vers la satisfaction des besoins collectifs, par le moyen des services et travaux publics. La dernière phase de cette évolution est l'intervention de l'Etat dans la vie économique : « De plus en plus le rôle des gouvernants sera de s'emparer de toutes les découvertes et d'en développer les applications au profit de la communauté. Améliorer le sort des citoyens, de tous les citoyens, hâter l'humanité vers son but, le bonheur, deviendra de plus en plus leur mission essentielle. De plus en plus on exigera qu'ils mettent à la portée de tous, par la multiplication des services en commun, toutes ces facilités, ces commodités, ces agréments, dont l'usage ou la privation constituent, en dehors des accidents inévitables de la vie ou des chimères de notre organisation, le bonheur ou le malheur, la joie ou la tristesse de vivre » (v. Henri Chardon : L'intervention de l'Etat dans la vie économique, p. 20).

Nous avons montré dans le chapitre premier de notre ouvrage que, pendant longtemps, l'utilité publique des travaux était étroitement attachée à la notion de service public et à celle de l'expropriation et comment la jurisprudence du Conseil d'Etat est arrivée à les séparer. A l'heure actuelle, il suffit qu'un ouvrage présente une utilité publique incontestable, à côté d'autres conditions que nous avons précisé dans ce chapitre, et en dehors de toute considération, pour que le Conseil d'Etat admette leur caractère public.

D'autre part nous avons vu également que le Conseil d'Etat, lorsqu'il est appelé à se prononcer sur l'utilité de certains ouvrages fait toujours abstraction des formalités qui précèdent ordinairement leur exécution.

Done, en dernière analyse la notion d'utilité publique par rapport aux travaux publics, est *jurisprudentielle*, car la déclaration d'utilité publique renfermée dans une loi ou dans un acte administratif est relative à l'expropriation et n'est pas un élément constitutif de la notion du travail public.

L'examen de la jurisprudence du Conseil d'Etat concernant la notion d'utilité publique sort du cadre limité de notre étude. Notons seulement que cette notion est en constante évolution : Ainsi le

Conseil d'Etat a reconnu le caractère d'ouvrage public à la construction d'un *théâtre municipal* (27 avril 1923, cité M. Mestre, Cours de doctorat, 1928-29, p. 69) d'un *Opéra-Comique* (27 juillet 1923, *Gheusi*, solution implicite, v. *Revue de dr. publ.*, 1924, p. 566, avec les conclusions de M. le Commissaire du gouvernement Mazerat et la note de M. Jèze). De même, il est jugé que le contrat intervenu entre une ville et un particulier auquel ont été concédés la construction et l'exploitation d'un *casino*, a le caractère d'une concession de travaux publics, alors qu'il résulte de l'ensemble des dispositions du cahier des charges que la concession dont il s'agit a été faite *dans l'intérêt du développement de la ville* (Conseil d'Etat, 1^{er} mai 1931, *Giacomi*, D. H. 1931, p. 337). Nous avons encore vu dans le chapitre précédent comment la jurisprudence du Conseil d'Etat est venue à reconnaître le caractère de travaux publics des aménagements de chutes d'eau, ce qui marque déjà d'une manière très nette la pénétration de l'idée d'utilité publique dans le domaine de l'économie politique.

Examinons maintenant la notion d'utilité publique en droit roumain, par rapport à l'expropriation et aux travaux publics.

En Roumanie le projet de Constitution des révolutionnaires moldaves (*carvunarii*) (1822) consacre le principe de l'inviolabilité de la propriété et l'expropriation pour cause d'utilité publique (170), après une juste et préalable indemnité (art. 5).

Ce premier essai des « *carvunarii* » moldaves n'a enregistré aucun succès et reste l'œuvre d'un groupe d'idéalistes qui anticipèrent sur l'esprit de leur époque (171).

Avant les Règlements Organiques (1823) l'expropriation se faisait par simple incorporation dans le domaine public des propriétés privées, aucun texte de loi ne prévoyait l'indemnité en cas de dépossession.

Cependant le Code Calimach de Munténie (1817) réalise un progrès considérable en ce qui concerne le respect du droit de propriété. Dans ses art. 475 et 479 ce Code prévoit les conditions dans lesquelles les propriétaires peuvent être dépouillés par l'administration.

Dans le Règlement Organique de la Moldavie (Section III, art. 46 et 47) l'idée de l'expropriation pour cause d'utilité publique

(170) V. A.-D. Xenopol : *Istoria partidelor politice în România*, II^e partie p. 574.

(171) V. Crutzesco et Vântu : *Tratat de expr. p. causa de ut. publ.*, p. 8.

apparaît d'une manière plus nette ; l'acquisition par l'administration des terrains nécessaires en vue de l'exécution de travaux d'urbanisme se fait moyennant une indemnité :

« Les monastères et les églises qui par leur sainteté et la forme du bâtiment doivent présenter un aspect de grandeur et surtout ceux qui ne sont pas entourés de clôtures, doivent être dégagés de toutes mesures qui non seulement masquent la vue, mais créent par leur voisinage un danger d'incendie pour ces saints locaux. C'est pourquoi le Prince, dans son conseil, désignera les églises qui seront dégagées dans des endroits qui seront destinés à devenir des places publiques, et en même temps on fera un plan pour dédommager les gens ayant des droits de jouissance perpétuelle sur les terrains des monastères et qui y auraient bâti en pierre ou en brique. »

Malgré le progrès évident de cette disposition par rapport au Code Calimach le principe de l'indemnité n'est pas encore acquis.

L'expropriation sans indemnité réapparaîtra dans la loi « sur la cession des terrains nécessaires à la construction des chemins de fer de la Principauté de Munténie » du 9 mars 1856, votée sur les instances du Prince Barbu Stirbey, trop désireux de doter son pays d'un réseau de chemins de fer. L'absence d'indemnité s'explique, sans doute, par le fait qu'on estimait que les propriétaires riverains seraient compensés par la plus-value résultant de la construction du chemin de fer. Une indemnité est cependant accordée au particulier dont la propriété est amoindrie d'un cinquième de son étendue. Il est alors prévu dans la loi le maximum et le minimum de l'indemnité à payer.

La Convention de Paris du 19 août 1858 proclame dans son art. 46 le principe de l'inviolabilité de la propriété, en déclarant que nul ne peut être exproprié si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité.

Plus tard (1864) le Code civil roumain dans les art. 480 et 481 reproduit les art. 544 et 545 du Code civil français et à la même époque la loi du 20 août 1864 organise le régime juridique de l'expropriation pour cause d'utilité publique en reproduisant textuellement la loi française du 3 mai 1841 (172).

(172) Des lois postérieures ont modifié la loi du 20 août 1864 : Ainsi la loi du 9 février 1900 remplace le jury par une Commission arbitrale présidée par un magistrat, la loi du 7 juin 1913 corrige le texte ambigu de l'art. 67 et consacre définitivement le droit de préemption du propriétaire exproprié lorsque l'adminis-

D'autre part la Constitution du 1^{er} juillet 1866 dans son art. 19 déclare la propriété sacrée et inviolable avec la restriction de l'expropriation pour cause d'utilité publique après une juste et préalable indemnité. L'intérêt de ce texte constitutionnel est qu'il indique limitativement les cas d'utilité publique, à la différence de la Convention de Paris : « Pour cause d'utilité publique il faut entendre uniquement la voirie, la salubrité publique et les travaux de défense du pays. »

La loi constitutionnelle du 29 juin 1917, modifiant l'art. 19 de la Constitution de 1866 élargit sensiblement la notion d'utilité publique : « Par cause d'utilité publique — dit le nouvel art. 19 — on entend les communications, la salubrité publique, les travaux de défense du pays, et ceux d'intérêt militaire, de culture, historique ou archéologique, d'irrigation, des chutes d'eau, de dessèchement des marais, de régularisation des cours d'eau, de canalisation, de reboisement ou de création de zones de protection dans les bois, de mise en commun des petites propriétés rurales, ou des terrains urbains, la création des établissements industriels désignés dans une loi spéciale, la construction des édifices publics et aussi tous autres travaux d'intérêt public. »

tration, renonce à l'exécution des travaux. Ce droit dérive du principe même de l'inviolabilité de la propriété : Dès que les nécessités d'intérêt général ne sont plus présentes, ce principe reprend son empire. La loi du 6 mars 1927 déclare le paiement valable par la consignation du montant de l'indemnité à la Caisse des Consignations, en faisant publication de ce fait dans le *Journal Officiel*. D'autres lois créent des procédures spéciales d'expropriation, autre que celle qui est prévue par la loi du 20 oct. 1864 à propos de travaux ayant un caractère militaire :

1. L'expropriation est prononcée par le Tribunal en Chambre du Conseil, après que les parties ont été citées en éliminant les formalités prévues par les art. 1-29 de la loi du 20 oct. 1864 (enquête, déclaration d'utilité publique, publications, etc.). Le jugement du tribunal a, comme effet, la transmission de la propriété sous réserve de la consignation de l'indemnité offerte, et de l'appel du propriétaire uniquement du chef du montant de l'indemnité (Loi du 11 juillet 1929 sur les améliorations de la région inondable du Danube) ;
2. La même procédure est prévue par les lois du 4 juillet sur les mines (modifié par la loi du 29 mars 1929) et par la loi sur le perfectionnement du service téléphonique du 4 juillet 1930, sans cependant supprimer les formalités ci-dessus citées ;
3. L'expropriation s'opère par l'administration après enquête et après consignation de l'indemnité offerte. Le propriétaire mécontent de la somme offerte s'adressera au tribunal (art. 8 et 14 de la loi du 4 juillet 1924 sur l'énergie, modifiée par la loi du 7 juillet 1930, art. 27) ;
4. Toute procédure judiciaire est supprimée par le D.L. du 29 avril 1920 pour l'expropriation des terrains nécessaires à l'ensevelissement des morts de la guerre et pour l'érection des monuments qui leurs sont consacrés. L'expropriation de ces terrains sera faite par une Commission administrative.

Ce texte constitutionnel agrandit de façon impressionnante la notion d'utilité publique et accorde le caractère de travaux publics à des ouvrages qui ne furent reconnus comme tels par la jurisprudence française qu'après certaines hésitations, par exemple, pour les travaux d'aménagement des chutes d'eau. D'autre part une séparation est marquée entre l'expropriation pour les travaux d'utilité publique et l'expropriation pour cause d'utilité sociale et nationale (la réforme agraire, l'encouragement de l'industrie nationale).

L'article 17 de la nouvelle Constitution du 13 mars 1923, actuellement en vigueur, qui remplace l'art. 19 modifié par la loi ci-dessus citée est un recul par rapport à la conception libérale de la Constitution de 1917. Ainsi qu'il est rédigé, l'art. 17 de la Constitution de 1923, donne lieu à des confusions. En effet, après avoir reproduit la déclaration de l'inviolabilité de la propriété et posé le principe de l'expropriation pour cause d'utilité publique, l'alinéa 4 de l'article 17 continue en ces termes :

« Une loi spéciale déterminera les cas d'utilité publique, la procédure et les modalités de l'expropriation. »

« En dehors de l'expropriation pour les voies de communication, salubrité publique, défense du pays et les travaux d'intérêt militaire, d'intérêt culturel et ceux qui sont imposés par les intérêts généraux et directs de l'État et par les administrations publiques, les autres cas d'utilité publique devront être constatés par des lois votées par une majorité des deux tiers » (alinéa 5).

La Cour de Cassation a donné une interprétation stricte à ce texte, en décidant que même dans le cas d'utilité publique prévu par l'alinéa 5 de l'art. 17, il est toujours nécessaire qu'une loi soit votée pour permettre l'ouverture de la procédure d'expropriation :

« Malgré que la Constitution — dit l'arrêt de la Cour de Cassation du 7 mars 1927 — ait aussi prévu parmi les cas où l'expropriation est possible celui de l'utilité culturelle, néanmoins le même texte constitutionnel prévoit qu'une loi spéciale doit être élaborée en application de ces dispositions de la Constitution, loi qui doit déterminer les cas d'expropriation, ses modalités et sa procédure. Il en résulte qu'en l'absence de cette loi spéciale, aucune expropriation pour cause d'utilité culturelle faite uniquement sur la base des dispositions générales de l'art. 17, ne serait valable. » (Cass., II. Déc. n° 252 du 7 mars 1927, P. S., 1927, p. 447 ; n° 641 du 1^{er} juillet 1927, P. S., 1927, p. 757, *Jur. Rom.*, 1927, p. 23 ; en

ce sens : Trib. Prahova, I, déc. du 21 février 1924, P. R., 1924. 1.82).

Si on jette un coup d'œil sur la législation roumaine élaborée en application de l'art. 17 de la Constitution, et sur son rapport avec les travaux publics on constatera la séparation de la notion de l'expropriation et du travail public. Ainsi on peut établir les groupes suivants :

I. — *Lois qui prévoient l'expropriation pour cause d'utilité publique et déclarent comme « travaux d'utilité publique » les ouvrages dont l'exécution nécessitent l'expropriation :*

1° Loi sur le régime des eaux du 23 juin 1924 (art. 36-41) concernant les travaux d'amélioration et régularisation des cours d'eau et torrents, défense contre les inondations, canalisations, irrigations agricoles, navigation fluviale, aménagement des chutes d'eau, etc...

2° La loi sur l'énergie du 7 juillet 1930 (art. 27-42) ; aménagement des chutes d'eau.

3° Loi sur l'administration de la pisciculture et les améliorations des régions inondables du Danube (art. 2, 38-45) pour l'exécution par des syndicats forcés des travaux d'amélioration des terrains inondables, dessèchement des marais, travaux d'endiguement, construction des canaux d'écoulement et d'alimentation des bassins de pisciculture, etc...

4° Loi sur la voirie du 6 août 1929 (art. 72, 73) concernant la construction et l'entretien des chemins nationaux départementaux et communaux.

5° Loi sur les chemins de fer d'initiative privée du 28 mars 1900 (art. 1^{er}-3, 21) ; travaux de construction des chemins de fer d'intérêt local.

6° Loi sur l'enseignement primaire de l'Etat du 26 juillet 1924 (art. 176, 343-345) pour la construction et l'entretien des écoles.

7° Loi sur l'expropriation des conduites de pétrole, sanctionnée par le D. R. n° 1331.1924.

8° Loi sur l'amélioration des terrains dégradés et improductifs du 28 juin 1930 (art. 6, 24, 25).

9° Loi sur les entrepôts des céréales, du 1^{er} juillet 1930 (art. 4).

10° Loi sur le perfectionnement du service téléphonique, (art. 7-10).

11° Les règlements organiques de 1832 (Sections III et IV) maintenus en vigueur par l'art. 17 de la Constitution, et les divers règlements des municipalités pour les travaux d'urbanisme (pour Bucarest : Règl. du 22 janv. 1928, art. 9, 11, 32).

12° Les différentes lois spéciales, exemple : La loi du 30 juillet 1921 pour l'expropriation pour cause d'utilité publique des terrains nécessaires à la construction de l'Eglise du Couronnement des Rois à Alba-Julia ; les lois sur l'expropriation des terrains nécessaires à la construction de chemins de fer en Bessarabie, n°s 14, 80 et 83 de 1928 ; lois sur l'expropriation des terrains nécessaires à la construction de l'Académie des Hautes Etudes Commerciales, n°s 142, de 1924, etc.

II. — *Expropriations qui ne sont pas faites en vue de travaux publics*

1° Lois sur l'expropriation pour cause d'utilité nationale, du 13 mars 1920, 17 juillet 1921, 30 juillet 1921, et l'art. 131 de la Constitution de 1923.

2° La loi sur l'éducation physique, du 4 septembre 1929 (art. 39) prévoit l'expropriation des terrains de sports dans chaque commune.

3° La loi des mines du 4 juillet 1924, modifiée par la loi du 29 mars 1929 (art. 57-66 et 225).

4° La loi sur la constitution d'une Société pour la fabrication des explosifs du 24 février 1924 (art. 3).

III. — *Travaux publics qui ne nécessitent pas l'expropriation*

1° La loi sur les plantations des arbres au bord des chemins publics du 26 avril 1930.

2° La loi sur la restauration des monuments historiques classés du 29 juin 1919.

3° La loi sur l'organisation et l'exploitation des prés, du 25 avril 1928, déclare d'utilité publique l'aménagement des terrains de pâturage des communes et ceux qui sont du domaine privé de l'Etat (art. 1^{er}). Elle prescrit les travaux publics agricoles suivants : a) la construction des bâtiments nécessaires à abriter le bétail des communes ; b) la construction des abreuvoirs ; c) les installations économiques agraires. L'exécution et l'entretien de ces travaux est obligatoire pour les communes dans les limites de leurs

disponibilités budgétaires. Au cas de négligence des communes d'exécuter ces travaux ou d'insuffisance de ces ouvrages constatées par les organes du Ministère de l'Agriculture, le Ministre de l'Intérieur ordonnera leur exécution par les services de l'Etat au compte des communes. Les projets de ces travaux agricoles seront arrêtés par les services techniques départementaux et approuvés par le Conseil technique auprès du Ministère des Travaux publics. Ils seront exécutés par entreprise, concession ou marché de gré à gré, conformément à la loi sur la comptabilité publique (art. 24).

CHAPITRE III

De la compétence en matière de travaux publics

TITRE PREMIER. — LES INSTANCES DU CONTENTIEUX DES TRAVAUX PUBLICS EN FRANCE

Le contentieux des travaux publics est en France la partie la plus ancienne du contentieux administratif. On peut retrouver la survivance très nette du système de l'ancien régime dans la loi du 28 pluviôse an VIII, qui régit à l'heure actuelle le contentieux des travaux publics en France ; la juridiction des intendants de provinces, comme première instance du contentieux des travaux publics est remplacée par le Conseil de préfecture, et le Conseil d'Etat hérita des attributions du Conseil du Roi, comme instance d'appel.

D'autre part, le système de la loi du 28 pluviôse an VIII continue également le régime révolutionnaire inauguré par le décret des 7-11 septembre 1790, dont les dispositions ont été textuellement adoptées par le législateur de l'an VIII.

D'après ce décret des 7-11 septembre 1790 « le Directoire de département décidera sur :

1... « les difficultés qui pourraient s'élever en interprétation ou dans l'exécution des clauses de leurs marchés... » (art. 3).

2... « les demandes et contestations sur le règlement des indemnités dues aux particuliers, à raison des terrains pris ou fouillés pour la confection des chemins, canaux ou autres ouvrages publics... » (art. 4).

3... « des torts et dommages procédant du fait personnel des entrepreneurs et non du fait de l'Administration » (art. 5).

La loi du 28 pluviôse an VIII (16 février 1800) dans son art. 4, alinéas 2, 3 et 4 reproduit le texte des art. 3, 4 et 5 du décret ci-

dessus cité avec les modifications dictées par la nouvelle organisation administrative ; le Directoire de département est donc remplacé par le Conseil de préfecture.

En dehors de ce texte général de la loi du 28 pluviôse an VIII, en vigueur, la compétence du Conseil de préfecture résulte encore des lois spéciales (173).

En ce qui concerne la compétence du Conseil d'Etat comme juge d'appel, aucuns des deux textes fondamentaux de 1790 et an VIII n'en fait mention, à cette époque le Conseil d'Etat n'existait pas encore.

D'autre part, les art. 3, 4, 5 du décret des 7-11 septembre 1790 prévoient que les directoires de départements statuent en dernier ressort, étant placés au-dessus d'une première instance de conciliation, le Conseil de district. Par contre, la loi du 28 pluviôse an VIII ne dit nulle part que les décisions du Conseil de préfecture seraient rendues en dernier ressort.

Mais en dehors de cette considération, si la compétence du Conseil d'Etat ne résulte d'aucun texte, c'est là une particularité de la juridiction administrative : « Dans l'ordre judiciaire — dit M. Laferrière — les tribunaux inférieurs, tribunaux d'arrondissement, de commerce, ou de paix, ont une juridiction de dernier ressort plus ou moins étendue ; il en est autrement en matière administrative ; ni les *Conseils de préfecture* ni les *Conseils du contentieux des colonies* ne possèdent, dans aucun cas, une *juridiction de dernier ressort*. Quelque minime que soit l'intérêt pécuniaire engagé devant eux — et cet intérêt peut n'être que de quelques centimes dans les contestations en matière d'impôt — *l'appel est toujours ouvert devant le Conseil d'Etat, parce qu'un intérêt public est présumé en jeu dans toutes les affaires.* »

« Ce principe n'est formulé par aucun texte, mais par contre on ne peut citer aucune loi qui attribuerait une compétence de dernier ressort au Conseil de préfecture. Il y a des textes qui prévoient expressément l'appel devant le Conseil d'Etat, mais faute de cette disposition on ne pourrait prétendre que l'appel ne serait pas rece-

(173) Telles : la loi du 20 août 1881 sur les chemins vicinaux (art. 31), la loi du 28 juillet 1885 sur l'établissement et fonctionnement des lignes télégraphiques et téléphoniques (art. 20), la loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux (art. 24 et 25), la loi du 16 oct. 1919 sur les chutes d'eau (art. 59), etc. Les différents cahiers des charges et conditions générales contiennent les mêmes dispositions. Notons l'art. 52 du cahier des charges et conditions générales des ponts et chaussées du 29 déc. 1910, etc.

vable » (Laferrière : *Traité de la jurid. adm.*, 2^e éd., t. 1, p. 319, Cons. d'Etat, 7 avril 1865, *De Madre*, 1^{er} août 1884, *Thuilleux*, cf. Laferrière, *ibidem*, p. 320).

D'après la loi du 28 pluviôse an VIII, le Conseil de préfecture est compétent pour statuer sur :

1. Les difficultés survenues entre l'Administration et le particulier qui s'engage en vertu d'un contrat à exécuter un travail public. Cette branche du contentieux des travaux publics comprend le contentieux de l'interprétation du contrat et du cahier de charges, les litiges survenus par l'inexécution des clauses contractuelles, la résiliation du contrat, etc.

2. Les demandes en indemnité à raison des dommages causés à des particuliers par l'exécution des travaux publics.

Sur ce point, il faut remarquer que l'art. 3 de la loi du 28 pluviôse an VIII, aussi bien que l'art. 4 du décret du 7-11 septembre 1790 qu'elle reproduit, parlent « des contestations sur les règlements des indemnités à raison des *terrains pris* »... Cette expression vise sans doute l'expropriation pour cause d'utilité publique que le législateur de 1790 et de l'an VIII, a considéré comme un incident dans l'opération de travaux publics, et comme tel on l'avait assimilé aux dommages causés aux particuliers à la suite de l'exécution des travaux publics. L'expropriation reste donc une opération purement administrative jusqu'en 1810, quand sur l'ordre direct de Napoléon le Conseil d'Etat élabora une loi spéciale sur l'expropriation qui donne désormais à la compétence des tribunaux civils le pouvoir de prononcer l'expropriation et de statuer sur l'indemnité juste et préalable. Aujourd'hui, l'expropriation est un préliminaire possible mais non pas nécessaire de l'opération de travaux publics, et son contentieux est séparé du contentieux des travaux publics.

Une seconde remarque qu'il faut faire c'est que l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII (cf. art. 5 du décret des 7-11 sept. 1790) établit une distinction concernant l'auteur du fait dommageable et *limite la compétence du Conseil de préfecture*, en matière du contentieux de l'indemnité, *à des dommages procédant du fait personnel des entrepreneurs, et non pas du fait de l'Administration*. Toute les fois que le dommage était causé par l'Administration elle-même, et non par l'entrepreneur, le Conseil de préfecture s'est déclaré incompétent.

Comment cette disposition bizarre du législateur peut-elle s'expliquer ?

Il faut remonter au décret des 7-11 septembre 1790 et aux principes de droit administratif révolutionnaire (174). En effet la distinction entre les dommages causés par l'entrepreneur et ceux de l'Administration existe dans le décret de 1790. Cela correspondait à cette époque au principe que *toutes les fois qu'on était en présence d'un litige susceptible de déclarer l'Etat débiteur la seule autorité compétente à faire inscrire une charge au compte de l'Etat, c'était l'Administration centrale, le Ministre.*

Cette distinction établie par le législateur de l'an VIII, et antérieur, concernant l'auteur du fait dommageable, est aujourd'hui disparue par une jurisprudence la plus extraordinaires du Conseil d'Etat : « A l'heure qu'il est — dit M. Mestre — le Conseil d'Etat et les Conseils de préfecture, quand ils ont à juger des dommages occasionnés par l'exécution de travaux publics, jettent un voile pour ainsi dire sur cet article et la pratique jurisprudentielle est aliée jusqu'à transformer la loi écrite. Cela prouve que le Droit administratif n'est pas un droit comme les autres et qu'il y a une singulière audace chez les juges administratifs » (175).

En conclusion, on peut dire que le Conseil de préfecture (176) en première instance et le Conseil d'Etat en appel ont une *compétence générale* pour connaître tous les litiges relatifs aux travaux publics, et cette compétence s'étend à toutes les difficultés qui peuvent se présenter lors de l'exécution d'un ouvrage public, quelles que soient les parties en cause, du moment que l'Administration, représentant l'intérêt public, peut être atteinte par la suite de la décision (Trib. des Confl., 12 juillet 1890, Sirey 1892.3.113, Synd. Fontenelle-Soisson, et les conclusions de M. le Commissaire du gouvernement Jagerschmidt ; 16 déc. 1876, Lebon 912, Ville de Lyon ; v. aussi la note de M. Hauriou au Sirey 1982.3.50).

De même, leur compétence englobe tout le contentieux de l'indemnité à raison des dommages causés par les travaux publics, qu'il

(174) V. Achille Mestre : *Cours de doct.* 1927-28, p. 19.

(175) V. *Cours de doct.* 1927-28, *ibidem*.

M. Laferrière considère cette distinction établie par la loi de l'an VIII comme une *erreur de rédaction*, aussi la jurisprudence a promptement cessé de tenir compte du texte de la loi (v. *Tr. jurid. adm.*, 2^e éd., t. II^e, p. 159).

(176) Notons encore que par la loi du 6 sept. 1926 (v. *J. O.* du 9 sept. 1926) les Conseils de préfecture, autres que celui de la Seine, furent supprimés et remplacés par 22 Conseils de préfectures interdépartementaux qui héritèrent des attributions juridictionnelles et administratives des Conseils de préfecture supprimés (art. 7).

s'agissait des terrains fouillés, d'occupation temporaire, ou des dommages résultant de l'exécution des travaux publics et de ceux qui seraient causés par l'ouvrage public achevé.

Pour que la compétence du Conseil de préfecture intervienne il y a une seule condition suffisante et nécessaire ; c'est qu'il soit question de travaux publics, directement ou indirectement (177).

Nous avons suffisamment montré dans notre chapitre 1^{er} combien la notion du travail public a évolué, pour ne pas insister sur l'élargissement de la compétence du Conseil de préfecture. La notion du travail public et le problème de la compétence sont entièrement liés (pour les détails nous renvoyons au chapitre 1^{er}).

Par contre, ce que nous devons examiner dans le cadre de ce chapitre, c'est la *nature* de la compétence administrative dans la matière qui nous préoccupe.

Nous avons montré ci-dessus que la *juridiction en matière de travaux publics est de deux degrés. C'est une règle d'ordre public, à laquelle les cahiers de charges ne peuvent porter atteinte*. Ainsi il est décidé que la clause d'un devis en vertu de laquelle l'Administration et l'entrepreneur sont tombés d'accord qu'en cas de difficulté sur un point spécial de leur marché, ils accepteront *sans appel* la décision du Conseil de préfecture, doit être considérée comme nulle (Conseil d'Etat, 23 juin 1853, *Nougaret*, D. P. 1854.5.148 ; 21 juillet 1855, *Royer*, D. P. 1854.5.148 ; 31 déc. 1919, *Commune des Arcs-sur-Argens*, Lebon 975).

(177) Ainsi le Conseil de préfecture est compétent pour statuer sur la demande en indemnité formulée par un ingénieur congédié sans préavis, et qui fut chargé des études et de la direction des travaux d'adduction d'eau de source dans une ville, car il s'agissait là d'une contestation relative à l'exécution d'un contrat annexe d'un marché de travaux publics (C. d'Et., 8 avril 1911, *Ville de Troyes*, Lebon 485). Cependant le décret du 20 mars 1882, rendu en exécution de la loi du 11 juin 1880 dérogeant, en ce qui concerne les difficultés relatives aux comptes de l'Etat, des départements ou des communes avec les C^{ies} concessionnaires de chemin de fer d'intérêt local, aux règles de la compétence établies par la loi du 28 pluv. an VIII, a remis au Ministère des Travaux publics le droit de statuer sur ces contestations, sauf recours au Conseil d'Etat par la voie contentieuse. C'est donc au Ministre et non au Conseil de préfecture qu'il appartient de connaître un litige né entre le concessionnaire d'un chemin de fer d'intérêt local et un département à l'occasion de règlement de leur compte et portant sur l'interprétation, *non du cahier des charges de la concession*, mais de la convention intervenue entre les parties au sujet des conditions du remboursement au département de la subvention promise par ce dernier (C. d'Etat., 19 janv. 1912, *Société des ch. de fer algériens*, Lebon 88 ; 19 janv. 1913, *C^{ie} de ch. de fer du Beaujolais*, Lebon, *ibidem*).

La compétence du Conseil de préfecture présente trois caractères, elle est :

- a) *ratione loci*,
- b) *ratione materiæ*, et
- c) *ratione personæ*.

a) *La compétence « ratione loci »*

La compétence du Conseil de préfecture est territoriale (Conseil d'Etat, 30 juillet 1902, Sirey, 1905.3.71 ; 17 novembre 1905, Villard, S. 1907.3.120, v. Laferrière, *op. cit.*, t. I, p. 360). C'est le Conseil de préfecture du département où les travaux ont été exécutés (Conseil d'Etat, 26 juin 1874, Lebon, 610 ; 3 mars 1878, Lebon 287, cf. Courcelle et Debaube, *op. cit.*, t. I, p. 168).

Du principe de la territorialité résulte que si les travaux sont exécutés à l'étranger (bâtiments destinés aux services diplomatiques et consulaires) les Conseils de préfecture sont incompétents. Ainsi le Conseil d'Etat a annulé pour incompétence un arrêt du Conseil de préfecture de la Seine, qui avait statué sur un litige intervenu à l'occasion de la construction d'un édifice consulaire français à Smyrne (21 mai 1880, Vitalis, v. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 120). Dans ces là les règles de compétence sont celles des marchés de fournitures ; le requérant doit provoquer une décision préalable du Ministre compétent et la déférer, s'il n'en est pas satisfait, au Conseil d'Etat.

D'autre part, la compétence « *ratione loci* » n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent y déroger par un accord préalable, où par une élection de domicile de l'entrepreneur, quel que soit l'emplacement des travaux en question (Conseil d'Etat, 20 août 1817, Lebon 585, 26 nov. 1846, Héritiers Jardin, Lebon 510). Il en est ainsi notamment dans le cas où les travaux sont exécutés par le même entrepreneur dans plusieurs départements, par exemple le cas topique des travaux de construction des chemins de fer (Conseil d'Etat, 1^{er} août 1924, *Adtion des ch. de fer de l'Etat*, Lebon, 774, cf. Laferrière, *op. cit.*, t. I, p. 360).

b) *La compétence « ratione personæ »*

Le contentieux des travaux publics, par rapport aux personnes, est limité aux litiges survenus entre l'Administration d'une part et

les particuliers. *Il faut toujours que l'Administration soit en cause, directement ou indirectement, pour entraîner la compétence du Conseil de préfecture* (Trib. des Confl., 7 déc. 1907, *Thomas*, S. 1910.3.26). Ainsi la juridiction administrative est seule compétente pour statuer sur les offres de concours faites par les particuliers à l'Administration en vue de l'exécution des travaux publics (Trib. des Confl., 11 janvier 1890, *Veil*, S. 1892.3.49, note de M. Hauriou ; Conseil d'Etat, 14 décembre 1883, *Houillères d'Ahun*, Lebon, 932), sur les litiges nés entre les entrepreneurs et l'administration, les actions en réparation des dommages causés par l'Administration ou les personnes qui lui sont substituées, etc.

Par contre le Conseil de préfecture ne serait pas compétent si le litige intervient entre le concessionnaire et l'entrepreneur avec lequel il a traité (Conseil d'Etat, 6 mars 1896, *Compagnie des Chemins de fer départementaux*, S. 1898.3.55) ; l'entrepreneur et ses sous-traitants (Cass., 23 mars 1896, *Lhermite*, S. 1896.1.311, 15 février 1895, *Rosazza*, S. 1897.3.43, cf. *Laferrière*, *op. cit.*, t. II, p. 128) ; l'entrepreneur et sa caution (Conseil d'Etat, 16 janvier 1882, Lebon, 65) ; l'entrepreneur et ses ouvriers (Trib. des Confl., 15 mai 1886, *Bordelier*, S. 1888.3.14 ; 28 mars 1908, *Perichon*, S. 1910.3.85) ; les entrepreneurs ou concessionnaires entre eux (Conseil d'Etat, 7 août 1896, *Papavoine*, S. 1898.3.108 ; 13 mai 1887, *Chemins de fer du Nord-Est*, S. 1898.3.16) ; les entrepreneurs et les fournisseurs (Cons. d'Etat, 6 avril 1870, Lebon, 365) ; et d'une manière générale les contestations entre les concessionnaires et les tierces personnes en relation de droit privé, par exemple une action intentée par le concessionnaire à des particuliers pour le prix du gaz livré à ceux-ci (Conseil d'Etat, 14 novembre 1879, *Compagnie de gaz d'Arles*, S. 1881.3.44, v. aussi Courcelle et Debanve, *op. cit.*, t. II, p. 168), car les rapports entre ces personnes sont d'intérêt privé et par conséquent régis par le droit commun. Mais dès qu'un intérêt public est engagé dans le litige et qu'une question préjudicielle administrative concernant les travaux publics est posée, la compétence sera celle du Conseil de préfecture.

c) La compétence « *ratione materiæ* »

Nous avons dit plus haut que d'une manière générale tout le contentieux de travaux publics est soumis à la compétence du Conseil de préfecture sauf appel devant le Conseil d'Etat.

Or, la juridiction des Conseils de préfecture est toujours prévue par une disposition expresse de la loi ; *c'est donc une juridiction d'attribution.*

Il en résulte qu'aucune affaire contentieuse ne peut être portée devant le Conseil de préfecture si un texte de loi ne lui en a pas attribué la connaissance. La jurisprudence du Conseil d'Etat est depuis longtemps constante en ce sens (178).

A ce titre le Conseil de préfecture ne saurait donc être assimilé aux tribunaux civils de première instance qui sont des *juges ordinaires* des contestations civiles. Les instances civiles ont une compétence de *plein droit* (179) sur tous les litiges sauf ceux qui ont été attribués par la loi à une autre juridiction, par exemple le juge de paix, tribunal de commerce, etc...

Au contraire, les Conseils de préfecture ne sont pas des juges ordinaires de droit administratif, ils sont compétents seulement dans la limite où les textes de loi leur ont expressément attribué la connaissance de certains litiges. C'est uniquement le Conseil d'Etat qui est le juge administratif ordinaire, et cette qualité lui fut reconnue par la jurisprudence après nombreuses hésitations.

Le contentieux des travaux publics étant ainsi attribué, « *ratione materiae* », par la loi du 28 pluviôse an VIII, au Conseil de préfecture, sauf appel devant le Conseil d'Etat, il s'ensuit que la compétence en matière de travaux publics doit être considérée comme une *règle d'ordre public* (180).

D'où il résulte encore que :

1° *La question de la compétence peut et doit être soulevée d'office par le juge. L'incompétence des tribunaux en matière de*

(178) V. Laferrière : *op. cit.*, t. I^{er}, p. 361.

(179) C'est la règle de la plénitude de juridiction des tribunaux civils. D'après cette règle, les tribunaux civils ne sont jamais incompetents d'une manière absolue en ce qui concerne les litiges placés par la loi dans la compétence des tribunaux d'exception (trib. de commerce, juges de paix, prud'hommes). Autrement dit, si les tribunaux d'exception ont une priorité sur les trib. civils pour les affaires qui leur ont été attribuées, les tribunaux civils conservent néanmoins une compétence subsidiaire. Ils pourraient juger des affaires placées dans la compétence des tribunaux d'exception dans les cas suivants : si par exemple les parties consentent expressément ou bien tacitement par le fait de n'avoir pas soulevé l'incompétence « *in limine litis* » (v. Glasson, Tissier : *Proc. civ.*, 3^e éd., t. 1^{er}, p. 682).

(180) V. Japiot : *Traité élem. de proc. civ. et comm.*, 2^e éd., pp. 211 et suiv. ; Glasson, Tissier : *op. cit.*, t. I^{er}, pp. 677 et suiv.

travaux publics pourra être proposée pour la première fois même devant la Cour de Cassation (181).

2° *Les parties ne pourraient déroger par des conventions particulières à la compétence du Conseil de préfecture. La clause d'un cahier des charges qui contiendrait une violation de la règle de compétence serait réputée non-écrite (182).*

Cependant le législateur a exceptionnellement admis une dérogation de cette règle, en admettant, dans certains cas, l'arbitrage en matière de travaux publics. Ainsi la question présente un intérêt tout à fait singulier, ce qui nous oblige à insister sur l'arbitrage en matière de travaux publics, d'autant plus que dans la législation roumaine, l'arbitrage, étant un moyen général de liquider toutes les contestations relatives à l'interprétation et l'exécution des contrats et cahiers des charges, occupe une première place dans le contentieux des travaux publics.

TITRE II. — DE L'ARBITRAGE EN MATIÈRE DE TRAVAUX PUBLICS

Nous examinerons sous ce titre la question de savoir si l'Etat peut ou non valablement compromettre et consentir à ce que les litiges présents ou à venir, relatifs aux contrats qu'il passe avec les entrepreneurs ou concessionnaires, soient soumis aux arbitres en dérogation de la loi du 28 pluviôse an VIII.

On sait que l'arbitrage est « la faculté pour les parties de soustraire les différends qui les divisent au jugement des tribunaux d'Etat pour les soumettre à des juges de leur choix, appelés arbitres ». (Cf. Garçonnet, César-Bru : *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, 3^e édit., t. VIII, n° 220).

Les actes qui donnent naissance à l'arbitrage sont : 1° la clause compromissoire et 2° le compromis.

(181) Cass., 27 avril 1829. *Brame*, S. 1839.1.829.

(182) C. d'Et., 24 juin 1840, *Hindenlang*, Lebon 177 ; 18 juin 1852, *Chapot*, Lebon 244 ; 23 juin 1853, *Nougaret*, Lebon 627 ; 7 févr. 1867, *Vidal*, Lebon 153. « Considérant qu'aux termes de l'art. 4 de la loi du 28 pluv. an VIII les Conseils de préfecture se prononcent sur les difficultés qui peuvent s'élever entre l'administration et les entrepreneurs des travaux publics concernant le sens ou l'inexécution des clauses de leurs marchés, et qu'il ne saurait appartenir aux particuliers de déroger, par des conventions, à l'ordre des juridictions établies par la loi » (Arrêt Chapot ci-dessus cité). V. encore les arrêts cités *supra*, p. 114.

1° *La clause compromissoire*

La clause compromissoire est une clause contractuelle par laquelle les parties stipulent d'avance et une fois pour toutes que les contestations auxquelles la convention dont s'agit donnera lieu, seront soumises à des arbitres (183).

Il résulte de cette définition, qu'à la différence du compromis, les parties ne peuvent indiquer d'avance l'objet du litige ni les personnes choisies par elles pour trancher leur différend.

Or ces deux conditions sont édictées à peine de nullité par l'art. 1006 du Code de procédure, d'où la jurisprudence a déduit que faute d'un texte express qui permettrait la clause compromissoire celle-ci doit être considérée comme nulle.

L'art. 332 du Code du Commerce permet textuellement la clause compromissoire dans le contrat d'assurance maritime, de même la loi du 31 décembre 1925, modifiant l'art. 631 du Code du Commerce admet la validité de la clause compromissoire en matière commerciale. *Mais en dehors de ces exceptions, la jurisprudence de la Cour de Cassation est constante pour prononcer la nullité de cette stipulation* (184), « parce qu'elle implique un sacrifice dont les parties ignorent l'étendue au moment où elles le font peut-être à la légère » (185). C'est pourquoi l'Etat considère comme dangereux de donner la possibilité à ses justiciables de se soustraire aux juges naturels établis par la loi, et de soumettre leurs contestations à naître à des arbitres, les personnes peu éclairées pouvant être victimes de leur inexpérience dans les choses du droit.

La jurisprudence du Conseil d'Etat s'est également fixée en ce sens, déclarant que la clause d'un cahier des charges qui soumettrait les contestations à naître à des arbitres, doit être réputée non écrite (15 mars 1829, *Bernadière*, Lebon 92, 11 janv. 1833, *De Taverne*, Lebon 29 ; 22 janv. 1904, *Ducastaing*, Lebon, 45) (186).

(183) Cf. Glasson, Colmet-Daage, Tissier : *Précis théor. et prat. de proc. civ.*, t. II^e, n° 1859 ; Garsonnet, Cézair-Bru : *Traité de proc.*, t. VIII, n° 243.

(184) V. Dalloz : *Répertoire* 1910, V° *Arbitrage*, n° 151.

(185) Garsonnet, Cézair-Bru : *op. cit.*, t. VIII, p. 492.

(186) « Considérant... que la clause du marché desdits entrepreneurs qui soumet à des arbitres les contestations élevées au sujet dudit marché, est contraire aux dispositions de la loi du 17 févr. 1800 (28 pluv. an VIII) et doit être réputée non écrite » (Arrêt *Bernadière*). L'arrêt *De Taverne* invoque des considérations identiques, sauf que l'expression « les contestations élevées » est remplacée par les mots « les contestations qui pourraient s'élever ». La dernière

2° *Le compromis*

« Le compromis est un contrat par lequel des personnes conviennent de remettre l'instruction et le jugement de leur différend à un ou plusieurs arbitres, au lieu de le soumettre à la justice » (Glasson, Colmet-Daage, Tissier : *Précis théorique et pratique de procédure civile*, t. II, n° 1855 ; art. 1003 à 1008 C. proc. civ.).

Le compromis suppose nécessairement un litige déjà existant, qui doit être désigné à peine de nullité dans l'écrit constatant le compromis (art. 1006 C. proc. civ.).

Le compromis étant un contrat est soumis au droit commun des contrats à une seule différence près, touchant la preuve : il doit être rédigé par écrit.

La question qui se pose est de savoir : 1° sur quelles matières on peut compromettre, et si spécialement il serait possible de soumettre à l'arbitrage un litige qui relève du droit public, par exemple, les difficultés survenues lors de l'exécution de travaux publics et 2° si l'Administration dispose de la capacité et pouvoir nécessaire de compromettre.

Ad 1° : En principe, on peut compromettre sur n'importe quelle matière, à condition de ne porter atteinte à aucune loi d'ordre public (cf. art. 6 et 1.134 C. civ.). Ainsi « on ne peut compromettre sur les dons et legs d'aliments, logements et vêtements, sur les séparations entre mari et femme, divorces, questions d'état, ni sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public » (art. 1.004 C. proc. civ.).

Or, d'après l'art. 83 du Code de procédure civile toutes les causes qui concernent l'Etat, les communes et les établissements publics sont communiquées au ministère public.

expression est la seule correcte, car dans les deux espèces il s'agissait sans doute d'une clause compromissoire. Voici encore l'argumentation de l'arrêt *Ducastaing* : « Considérant qu'il est de principe que les ministres ne peuvent pas compromettre, que si le cahier des charges des clauses et conditions générales... dispose dans son article... qu'avant d'être défrées à la juridiction compétente les contestations entre l'Administration et les concessionnaires sont soumises à un jury de trois membres, cette disposition n'institue qu'une mesure d'instruction destinée à éclairer le ministre et ne saurait faire obstacle à ce que les concessionnaires portent leur réclamation si elle est rejetée par le jury, devant la juridiction contentieuse ». En ce sens : C. d'Et., 17 mars 1893, *C^{ie} du Nord, de l'Est et autres*, Lebon 245.

Des articles ci-dessus cités du Code civil et de la procédure, on déduit que l'Etat ne peut compromettre.

Ad 2° : En ce qui concerne la capacité et le pouvoir nécessaire pour compromettre, la loi requiert des conditions très strictes, conditions qui sont imposées par la nature exceptionnelle du compromis. En effet, les parties ne peuvent prévoir quels sont les préjudices qui résulteront pour elles, de la sentence arbitrale, d'ordinaire rendue en dernière instance, sans appel. Le compromis est plus dangereux que la transaction, dans ce cas là, les parties sont pour ainsi dire leurs propres juges ; chacune des parties sait à l'avance à quoi elle renonce, tandis que dans le compromis on ignore ce que les arbitres vont décider (Glasson, *op. cit.*, p. 907) (187).

C'est pourquoi pour compromettre, il ne suffit pas d'avoir la capacité de s'obliger, l'art. 1003 du Code de la procédure exige en plus que la personne qui compromet ait encore la libre disposition du droit en litige. Il est évident, que d'après la règle édictée par l'article ci-dessus cité, l'Etat, les communes et les établissements publics, ne pourraient valablement compromettre, même par l'entremise de leurs représentants légaux, car *ils n'ont pas la libre disposition du droit en litige*, leurs intérêts exigeant la surveillance du ministère public.

Ainsi la jurisprudence du Conseil d'Etat est constante dans ce sens que l'Etat ne peut valablement consentir à un arbitrage (188).

(187) C'est pourquoi on a toujours admis que les administrations publiques peuvent valablement transiger ; les ministres le peuvent au nom de l'Etat (C. d'Et., 17 mars 1893, *C^{ies} de chemins de fer*, Lebon 245), les Conseils généraux au nom du département (Loi du 10 août 1871, art. 46, n° 6), les Conseils municipaux au nom de la commune (Loi du 5 août 1884, art. 68, n° 4). V. Hauriou : *Précis de dr. adm.*, 12^e éd., p. 52.

(188) D'une manière générale la règle que « l'Etat ne peut pas compromettre » fut pour la première fois tranchée en ce sens par l'arrêt *De Dreux-Brézé* (C. d'Et., 23 déc. 1887, Lebon 842) sur les conclusions de M. le Commissaire du gouvernement Vavas seur de Précourt. Depuis lors la jurisprudence s'est fixée en ce sens : C. d'Et., 24 juillet 1891, *Société Générale des Téléphones*, Lebon 578 ; 17 mars 1893, *C^{ies} du Nord, de l'Est et autres*, Lebon 245 (v. les conclusions de M. le Commissaire du gouvernement Romieu, publiées dans la *Gazette des Tribunaux* du 19 mars 1893, *Supplément*, p. 279 ; 22 janv. 1904, *Ducastaing*, Lebon 45. — En ce qui concerne les communes, la question de l'arbitrage fut posée et négativement solutionnée tantôt par l'autorité judiciaire : Bordeaux, 22 mai 1832, Dalloz, *J. G.*, V° *Arbitrage*, n° 242 ; tantôt par le Conseil d'Etat : 11 juillet 1884, *C^{ie} des Eaux d'Oran*, Lebon 587. Pour les départements : C. d'Et., 17 juillet 1896, *Clouzard*, Lebon 584.

Pourtant la règle que l'Etat ne peut compromettre a souffert plusieurs dérogations et justement dans la matière qui nous occupe.

On retrouve en France les premières traces de l'arbitrage en matière de travaux publics dans plusieurs conventions passées en 1883 à 1886, entre l'Etat et les différentes compagnies concessionnaires de chemins de fer, ces conventions avaient pour objet le rachat par l'Etat des réseaux concessionnés aux petites compagnies, qui ne trouvant pas dans les régions qu'elles desservait un trafic suffisant pour rendre leurs entreprises rémunératrices, luttèrent avec de si grandes difficultés financières qu'elles ne pouvaient non seulement achever la construction des lignes qui leur avaient été concédées, mais encore exploiter celles qui étaient déjà livrées à la circulation. C'est pourquoi l'Etat fut autorisé à racheter ces concessions déficitaires moyennant remboursement des *prix de construction fixés par des arbitres* (189).

Ainsi la convention du 26 mai 1883, passée entre l'Etat, représenté par le Ministre des Travaux publics et la Compagnie P.-L.-M. (approuvée par la loi du 20 novembre 1883) par laquelle la Compagnie P.-L.-M. s'engage à achever et à exploiter certaines lignes d'intérêt local, antérieurement concédées à des compagnies devenues insolvables, et qui ont été incorporées à l'ancien réseau P.-L.-M., prévoit dans son article 6 la disposition suivante :

« Les dépenses à rembourser par l'Etat, comprenant les frais généraux, les frais de personnel et l'intérêt des capitaux pendant la construction, ne pourront, sauf des exceptions motivées par des circonstances de force majeure ou par le caractère aléatoire de certaines estimations, telle que : acquisition de terrains, percements de souterrains, épuisements exceptionnels, consolidation et assainissement de tranchées et remblais, etc., excéder les maxima qui seront fixés d'un commun accord entre l'Etat et la Compagnie après approbation des projets d'exécution. *En cas de désaccord, soit sur la fixation du maximum, soit sur les conséquences des exceptions ci-dessus désignées, il sera procédé par voie d'arbitrage, chaque partie désignant son arbitre, et les deux arbitres choisissant, s'il est nécessaire, un tiers arbitre pour les départager. Dans le cas où ils ne pourraient se mettre d'accord sur le choix de ce troisième arbitre,*

(189) V. Ministère des Travaux publics : *Recueil des conventions passées en 1883 à 1886 entre l'Etat et les C^{ies} de chemin de fer de Paris-Lyon-Méditerranée, Orléans, Nord, Midi, Est, Ouest, Grande-Ceinture et Ceinture*, Paris, Impr. Nat., MDCCCLXXXVII

tre, celui-ci sera nommé par le président du tribunal civil de la Seine, sur requête présentée par la partie la plus diligente. »

On retrouve la même disposition dans l'art. 8 de la convention passée le 28 juin 1883 entre le Ministre des Travaux publics et la Compagnie de chemin de fer de Paris à Orléans, art. 6 de la convention du 5 juin 1883 passée avec la Compagnie de chemin de fer du Nord, le même article de la convention du 11 juin passée avec la Compagnie de l'Est, approuvées par la même loi du 20 novembre 1883. Ces conventions prévoient également l'arbitrage comme moyen de trancher les contestations qui pourraient s'élever entre les Compagnies concessionnaires et l'Etat sur le montant des sommes à rembourser par l'Etat pour la construction des lignes dont les dépenses étaient à sa charge.

Par contre, l'art. 4 de la convention du 9 juin 1883 (approuvée par la même loi) conclue entre l'Etat et la Compagnie du Midi, prévoit, à côté de l'arbitrage réglementé par l'art. 6, la disposition suivante :

« Le chemin de Perpignan à Prades sera remis à la Compagnie des chemins de fer du Midi, libre de toutes charges avec les objets mobiliers et approvisionnements de tous genres existant sur la ligne.

La valeur du matériel roulant, estimée à dire d'experts, sera remboursée à l'Etat. »

De même, le traité du 12 juillet 1881 conclu entre la Compagnie des chemins de fer du Nord et la faillite de la Compagnie de chemin de fer du Tréport contient dans son art. 4 une disposition qui doit être remarquée :

« La Compagnie des chemins de fer du Nord reprendra les approvisionnements de toute nature pouvant exister dans les gares et sur la voie, et dans les magasins et ateliers de la Compagnie cédante.

Un état estimatif en sera dressé lors de la prise de possession de la ligne d'Abancourt à Tréport par la Compagnie du Nord.

Le prix en sera fixé à l'amiable ou par *experts choisis par les parties lesquels, en cas de contestations, auront le droit de choisir un troisième expert pour les départager. »*

Le mot « *expert* » employé par ce traité à la différence des conventions ci-dessus citées, présente un intérêt particulier. En effet ces deux notions « arbitrage » et « expertise » sont souvent confondues. C'est ainsi, par exemple, que l'art. 1592 Code civ. considère à tort comme arbitrage la mission confiée par les parties de fixer

un prix de la vente, qui est essentiellement une expertise à l'amiable. Or, les experts amiables sont des simples mandataires à la différence des arbitres qui sont des juges.

On sait que l'expertise, en général, est l'opération confiée par le juge à des gens expérimentés dans un métier, dans un art, dans une science, ou possédant des notions sur certains faits ou certaines questions techniques, afin d'obtenir d'eux des renseignements dont il croit avoir besoin pour sa décision et qu'il ne peut se procurer lui-même (En ce sens : Dalloz, *Code de Proc. civ.*, t. II, art. 302, n° 1 ; Glasson, Colmet-Daage, Tessier, *op. cit.*, t. I, n° 816).

Dans l'expertise à l'amiable, la délégation des experts émane non pas du juge mais des parties elles-mêmes. Cette circonstance suffit à différencier profondément l'expertise à l'amiable de l'expertise judiciaire et de la rapprocher à l'arbitrage.

Mais à la différence de l'arbitrage l'expertise à l'amiable est la convention par laquelle deux parties confient à des experts *le soin de statuer sur une question de fait qui constitue l'objet de leur contestation*. Ils ne se prononcent pas comme les arbitres sur l'ensemble des questions de droit et de fait qui indivisiblement liées constituent le litige, mais simplement sur une question de fait. Il ne sont pas des juges mais des spécialistes (190).

Le plus souvent, l'expertise a comme objet une *évaluation* que certaines personnes ayant des connaissances spéciales sont plus en mesure de faire que les juges. Il est évident que toutes les fois que dans un contrat des difficultés surviennent, non pas sur des questions de droit, mais sur des questions de fait, les parties peuvent très bien se passer de juges. *D'ailleurs, si le litige était porté devant les tribunaux, les juges devraient ordonner presque régulièrement l'expertise*. Les choses reviendraient donc au même, à la différence

(190) La question de savoir à quel moment on est en présence d'un arbitrage ou bien d'une expertise à l'amiable a donné lieu à de nombreuses discussions (v. Dalloz : *Code de pr. civ.*, t. II^e, art. 302, t. IV^e, art. 1003 ; *Code civ.*, t. IV^e, art. 1592, la doctrine et la jurisprudence citées). A notre avis il y aura toujours expertise lorsque la question à trancher est une question de simple fait et non pas de droit. Cela résulte de ce que le juge n'est pas tenu d'ordonner l'expertise demandée par le réclamant, alors que l'exactitude des faits invoqués par lui n'est pas contestée et que la seule question à trancher est une question de droit (C. d'Et., 18 janv. 1895, *Sibut*, Lebon 58 ; 7 juillet 1902, *C^{ie} des Tramw. Electr. d'Avignon*, Lebon 511). D'autre part, les experts seront de véritables arbitres lorsque les parties ont déclaré se soumettre à l'avis que les experts donneront sur leur différend et quand ils sont autorisés de se prononcer en dernier ressort (v. Garsonnet, Cézair-Bru, *op. cit.*, 2^e éd., t. VIII^e, p. 461, note 2).

toutefois que dans le premier cas on aurait été en présence d'une expertise à l'amiable (conventionnelle) tandis que dans l'autre hypothèse, on aurait eu une expertise judiciaire.

Si nous examinons maintenant les conventions ci-dessus citées, nous remarquerons que les deux notions, à savoir : l'arbitrage et l'expertise, sont bien distinguées. En effet, lorsqu'il est question d'une simple évaluation du matériel roulant, la convention parle d'*expertise* (« La valeur du matériel roulant, estimée à dire d'experts... » art. 4 de la convention du 9 juin 1883). Au contraire, lorsqu'il s'agira d'établir les dépenses à rembourser par l'Etat aux Compagnies concessionnaires qui ont exécuté ou achevé des travaux pour le compte de l'Etat, — lesquelles dépenses ne pourraient dépasser un maxima fixé en commun accord entre l'Etat et la Compagnie, après l'approbation des projets d'exécution, — il y aura là non seulement une question de fait, mais une opération plus complexe, car les arbitres devront examiner aussi certaines circonstances de *force majeure* et le caractère aléatoire de certaines estimations prévues dans le projet d'exécution. Il est possible, par exemple, que les arbitres soient obligés d'examiner un « *fait du prince* » ou bien encore l'*imprévision*, qui auraient pu avoir comme conséquence de dépasser ce « maxima » du prix des travaux établi en commun accord par les parties.

On voit donc les graves problèmes juridiques qui peuvent se présenter devant les arbitres, c'est la raison pour laquelle on n'a plus confié les contestations prévues par l'art. 6 de la convention ci-dessus citée aux experts.

Pour conclure, il nous paraît sans aucun doute que les conventions ci-dessus citées ont prévu l'arbitrage par clause compromissoire dans la matière des travaux publics, ce qui est assez surprenant, car la validité de cette clause, sauf certaines exceptions spécialement admises par les lois, n'est pas reconnue dans le droit français. De plus, nous avons montré que la jurisprudence du Conseil d'Etat était constante pour déclarer que l'Etat ne peut valablement consentir à l'arbitrage.

Cependant et *malgré les oppositions réitérées du Conseil d'Etat* (191) l'arbitrage en matière de travaux publics a reçu une

(191) V. les débats parlem. : Chambre des députés, 1^{re} séance du vendredi 23 mars 1906 (*J. O.* du 24 mars 1906, *déb. Parl.*, p. 1589) ; Avis du Conseil d'Etat délibérés les 30 nov. et 14 déc. 1905 : « On ne peut retirer de l'arbitrage, dit le Conseil d'Etat, les avantages de célérité et d'économie qui en seraient la

consécration expresse du législateur par l'art. 69 de la loi financière du 17 avril 1906 autorisant l'Etat, les départements et les communes à recourir à l'arbitrage pour la liquidation de leurs dépenses de travaux publics et de fournitures.

L'art. 69 de la loi du 17 avril 1906, renferme la disposition suivante :

« Pour la liquidation de leurs dépenses de travaux publics et de fournitures l'Etat, les départements et les communes pourront recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre III du Code de procédure civile.

« En ce qui concerne l'Etat, il ne pourra être procédé à l'arbitrage qu'en vertu d'un décret rendu en Conseil des ministres et contresigné par le ministre compétent et le ministre des finances.

En ce qui concerne les départements, le recours à l'arbitrage devra faire l'objet d'une délibération du Conseil général, approuvée par le ministre de l'Intérieur.

En ce qui concerne les communes, la délibération du conseil municipal décidant l'arbitrage devra être approuvée par le préfet » (J. O., 18 avril 1906, n° 105).

Quelle est l'attitude du Conseil d'Etat en face de ce texte précis de l'art. 69 de la loi du 17 avril 1906 ?

Il est évident qu'il a dû s'incliner, néanmoins, il a veillé à ce que l'arbitrage prévu par la loi ci-dessus citée *reste dans les cadres étroits que le législateur lui a fixé, et, insistant sur le caractère tout à fait exceptionnel de l'arbitrage en matière de travaux publics, il a maintenu sa jurisprudence antérieure en continuant à nier le droit*

justification, qu'en supprimant l'expertise et en renonçant à l'appel, mais dans les litiges concernant les travaux publics, il est impossible de supprimer l'expertise sans s'exposer à des erreurs de la part des arbitres qui momentanément investis par les parties du caractère de juges, ou bien auraient été désignés par leur expérience technique sans avoir de notions de droit suffisantes pour trancher les difficultés juridiques, ou bien au contraire seraient versés dans la science juridique sans posséder les connaissances techniques requises pour juger la contestation... »

Le Conseil d'Etat estime encore « que seuls les juges permanents sont capables d'apprécier la fixité de la jurisprudence qui est un avantage aussi précieux pour les entrepreneurs et fournisseurs que pour l'Administration elle-même, parce qu'elle éclaire les intéressés sur l'étendue de leurs droits et obligations en déterminant avec précision le sens et la portée des clauses et conditions auxquelles ils se soumettent et diminue les risques encourus dans les adjudications (cité d'après la thèse de M. Marcel Ferrus, p. 38).

de l'Etat à consentir à l'arbitrage, en dehors de ce cas exceptionnel, prévu par la loi du 17 avril 1906 :

« Considérant que l'Etat n'ayant pas le droit de compromettre, en dehors des cas exceptionnels prévus par l'art. 69 de la loi du 17 avril 1906, la convention du 23 novembre 1921, par laquelle les parties s'en sont remises à la décision du comité consultatif des règlements à l'amiable pris en tant qu'arbitre, était nulle, il suit de là que le Ministre des Régions libérées n'était pas lié par l'avis émis par le comité consultatif des règlements amiables sur le montant des pénalités » (Conseil d'Etat, 27 janv. 1928, *Bardot et Verboom*, Lebon 137).

L'arbitrage étant limité par rapport à l'Etat, départements et communes, à un seul cas, il est évident que le système du contentieux de l'interprétation et l'exécution des contrats et cahiers des charges, organisé par la loi du 28 pluviôse an VIII, n'est en rien touché par l'art. 69 de la loi du 17 avril 1906.

TITRE III. — LE CONTENTIEUX DES TRAVAUX PUBLICS EN ROUMANIE

Le contentieux des travaux publics en Roumanie, à la différence du système français, ne s'inspire d'aucune conception d'ensemble.

Nous avons vu qu'en France la question de la compétence en matière de travaux publics est inséparablement liée à la *notion* même, à la *définition*, de l'ouvrage public. Du moment qu'on est en présence de l'expression de « travaux publics » on trouve immédiatement les règles de la compétence. Il y a donc un *contentieux des travaux publics* bien spécifié et indépendant de tout autre contentieux administratif ou judiciaire qui constitue une entité distincte. C'est un contentieux d'attribution.

Dans le droit roumain, faute d'un texte semblable à la loi du 28 pluviôse an VIII, il n'existe pas de contentieux des travaux publics en général, mais un contentieux des différentes opérations de travaux publics. Ce n'est plus à la notion du « travail public », mais à ses *opérations* que le contentieux est attaché, non pas comme un système distinct, mais comme une sorte d'amas de différentes règles éparses, que nous tâcherons de réunir, autant que possible, dans un système général.

Le contentieux des travaux publics en Roumanie étant ainsi dispersé, l'examen approfondi des règles de compétence en cette

matière sera remis aux chapitres où nous traiterons des diverses opérations de travaux publics.

Pour le moment nous nous bornerons à donner un aperçu général sur le contentieux administratif roumain par rapport aux travaux publics. Nous examinerons ensuite la question de savoir comment le contentieux des travaux publics peut s'encadrer dans le système du contentieux administratif roumain ainsi qu'il est organisé par l'art. 107 de la Constitution, la loi du 23 décembre 1905 et la loi du 3 janvier 1930.

Le contentieux de travaux publics se divise en deux branches distinctes :

4) Le contentieux de l'interprétation et de l'inexécution des contrats de travaux publics (marché et concession) et des clauses des cahiers des charges, qui englobe les litiges qui peuvent être soulevés entre l'Etat (départements, communes, établissements publics) et les personnes qui, engagées par un contrat, exécutent des ouvrages pour le compte de l'Administration ;

B) Le contentieux des dommages causés par les travaux publics, qui renferme les contestations entre les particuliers endommagés et l'Administration ou les personnes qui lui sont substituées (entrepreneurs, concessionnaires), et qui comporte deux sous-divisions :

1° Le contentieux des dommages causés par l'exécution des travaux publics, et

2° Le contentieux des dommages causés par l'ouvrage public achevé.

Dans notre exposé nous nous limiterons à l'examen du contentieux de l'interprétation et de l'inexécution des contrats de travaux publics, qui est un contentieux de pleine juridiction. Quant au contentieux des dommages causés par les travaux publics il n'en sera pas question dans cet ouvrage, considérant que, dans l'état actuel de la législation et de la jurisprudence roumaine, cette partie du contentieux est *judiciaire*.

Notons encore que certains actes administratifs qui interviennent dans les opérations préliminaires des travaux publics peuvent donner lieu à un recours pour excès de pouvoir, comme par exemple la déclaration d'utilité publique (lorsqu'elle n'est pas faite en forme de loi). Nous examinerons ce contentieux dans le chapitre où nous étudierons les opérations préliminaires d'un travail public.



La question de compétence en matière de travaux publics s'est posée pour la première fois en Roumanie lors des grands travaux de construction des chemins de fer.

1. La première loi des chemins de fer du 14 juillet 1860 (v. le *Moniteur Officiel des Principautés Unies*, des 9, 10 et 11 août 1860, pp. 870 et suiv.), prévoit dans son art. 42 que dans le cas où les concessionnaires ne respecteraient les conditions de l'acte de concession, ils seront poursuivis en justice devant les tribunaux compétents. Néanmoins cette loi ne dit pas quelles seront ces instances.

2. Le projet de loi sur la concession des chemins de fer de Galatz à la frontière de l'Autriche (Archives de la Chambre des députés, Dossier n° 17, du 9 mars 1862, v. Manesco, *op. cit.*, t. II, p. 87), prévoit dans son art. 24 la disposition suivante :

« Les contestations qui s'élèveraient entre les concessionnaires et l'Administration sur l'exécution et l'interprétation des clauses de la loi présente et du cahier des charges ci-joint, seront jugées, à défaut d'un Conseil d'Etat, par la Haute Cour de justice et cassation ».

L'art. 63 du projet du cahier des charges contient la disposition analogue.

3. Ce projet devenu la loi du 31 mars 1862 fut modifié en tant qu'on avait ajouté à la disposition de l'art. 24 du projet, devenu l'art. 25 de la loi, une disposition prohibitive par laquelle il est prévu que « les concessionnaires ne pourront jamais recourir à une juridiction étrangère pour faire trancher leurs litiges avec l'Administration, concernant la présente concession ».

4. La loi sur la concession des chemins de fer au delà de Milcov (M. O. des P. U. du 13 août 1862, pp. 749 et suiv.) dans son art. 25, et l'art. 62 du cahier des charges annexé, prévoit une disposition identique.

5. Le projet de convention entre le Ministre des Travaux publics et les Sociétés fusionnées des concessionnaires de chemin de fer, représentées par le Marquis Don José de Salamanca, Gustave Delahante, les princes Mavrogheni, Léo Sapieha, Th. Brassey, Sir S. Morton Peto et F. Ladd Betts, pour la concession des chemins de fer du Nord-Est de la Roumanie, prévoit dans son art. 35 la disposition suivante :

« Les contestations qui pourraient se présenter entre l'Etat et les concessionnaires sur l'exécution ou l'interprétation des clauses de la convention présente, et du cahier des charges ci-joint seront *du ressort du Conseil d'Etat, dès que ce haut Tribunal administratif sera institué.* »

« *Jusqu'alors, lesdites contestations seront soumises à la décision de la Haute Cour de justice et cassation.* »

« Dans aucun cas les concessionnaires ne pourront recourir devant une juridiction étrangère pour faire trancher les contestations qui s'élèveraient entre eux et l'Etat concernant la concession présente et le cahier des charges annexé ».

Ce projet, d'inspiration gouvernementale, ne fut pas accepté par les concessionnaires qui, dans une contre-projet, avaient prévu l'arbitrage comme moyen de résoudre les litiges concernant les questions « d'argent et de droit » qui s'élèveraient entre eux et l'Etat.

Cette proposition examinée par le Conseil des travaux publics, composé du Ministre des Travaux publics Orbesco et MM. Bonnet, Costinesco et Aninoseano, fut l'objet de vives critiques et trouvée *inadmissible* (v. Chambre des députés, archives, dossier n° 48, du 2 décembre 1863, 7^e session, dans Manesco : *op. cit.*, t. II, pp. 173 et suiv. ; le Journal, n° 429 du 22 novembre 1863, du Conseil des travaux publics, dans Manesco, *ibidem*, p. 222) :

« Une proposition nouvelle des concessionnaires est celle relative à la solution des litiges qui pourraient se soulever entre le gouvernement et les concessionnaires. Tandis que l'art. 34 de notre projet prévoit l'arbitrage seulement pour les questions prévues par les art. 20, 23 et 24, savoir seulement pour les questions d'argent, par contre, pour toutes les autres questions de droit et d'interprétation des stipulations de la concession, l'art. 35 prévoit le recours devant le Conseil d'Etat. »

« Or, M. Brassey propose que toutes les questions tant d'argent que de droit soient jugées par des arbitres ».

« Cela serait mettre en doute l'honorabilité des plus grandes institutions de la magistrature, par conséquent le Conseil demande le maintien des art. 34 et 35 du projet primitif qui assurent toute la promptitude et l'impartialité pour résoudre les difficultés ».

Mis en face de cette attitude ferme du Conseil des travaux publics, le groupe des concessionnaires représenté par M. Brassey présente

au gouvernement la proposition suivante (v. Manesco, *op. cit.*, t. II, p. 227), modifiant l'art. 34 :

« Pour toutes les difficultés auxquelles l'exécution de cette convention ou du cahier des charges annexé donneraient lieu, les concessionnaires ou la Compagnie qui sera formée selon l'art. 32, devront s'adresser d'abord au Ministre des Travaux publics auquel il appartiendra de prendre des décisions. »

« En cas de désaccord entre le Ministre et les concessionnaires ou ladite Compagnie, *on aura recours à des arbitres, et il est à cet effet, formellement dérogé à toutes les dispositions de lois contraires* ».

« Lorsqu'il y aura lieu de recourir à l'arbitrage, la partie qui l'aura réclamé signifiera à l'autre le choix de son arbitre, en l'invitant à désigner le sien, et faute par celle-ci de déférer à cette invitation, dans un délai de 14 jours, l'autre partie aura le droit de désigner en son lieu et place le second arbitre en avisant seulement la partie adverse de cette décision. En cas de désaccord entre les deux arbitres, les parties nommeront un tiers arbitre et si elles ne peuvent s'entendre sur cette nomination, elle sera faite par les deux premiers arbitres ; si les deux premiers arbitres ne peuvent se mettre d'accord pour le choix du tiers arbitre, ce choix serait opéré au moyen d'un tirage au sort entre les personnes proposées ».

« Les deux parties seront tenues d'acquiescer à la décision unanime des deux arbitres, ou en cas de désaccord, à la sentence du tiers arbitre pourvu que le résultat de cette sentence reste compris entre les limites fixées par les propositions des deux premiers arbitres ».

« Les arbitres et le sur-arbitre pourront être indifféremment roumains ou étrangers ».

6. Le projet gouvernemental de la concession accordée au groupe W. H. Ward, Th. Barlett, I. Rivolta et Alfred Cox pour la construction et l'exploitation d'un chemin de fer destiné à lier la frontière de l'Autriche et Bucarest-Giurgiu-Braila-Galatzi et Focsani, prévoit également dans son art. 8 l'arbitrage comme moyen de résoudre les litiges qui s'élèveraient lors de l'exécution des clauses du contrat de concession et du cahier des charges annexé. Néanmoins le même article fait une réserve en tant que ces litiges entreront dans les attributions du Conseil d'Etat dès que ce haut tribunal administratif sera institué (v. Archives de la Chambre des députés, Dossier n° 15 du 21 novembre 1863, 7^e session, dans Manesco, *op. cit.*, t. II, p. 354).

Ce projet devenu loi, fut modifié sur la pression des concessionnaires en ce que le recours devant le Conseil d'Etat fut définitivement abandonné (v. Arch. de la Chambre des dép., Doss. n° 15, du 21 nov. 1863, Manesco, *op. cit.*, t. II, pp. 388 et suiv.). Néanmoins il est prévu dans l'art. 33 que les concessionnaires ne pourront pas recourir à une juridiction étrangère pour faire résoudre les contestations qui s'élèveraient entre eux et l'Administration.

7. L'arbitrage comme moyen unique de trancher les litiges entre les concessionnaires et l'Administration fut maintenu par les lois postérieures. La clause compromissoire « type Brassey » est devenue de style dans tous les actes de concessions et cahiers de charges (192).

(192) Voir : 1. La loi sur la concession des chemins de fer du 12 mai 1864 (M. O. des P. U., n° 107/1864, p. 491) art. 36 et 37 ; 2. La loi du 3 déc. 1864 (M. O. des P. U., 1864, p. 1285) art. 33 et 34 ; 3. Les lois des 19 sept. 1865 (M. O. des P. U. du 10 sept. 1865), du 6 avril 1867 (M. O. des P. U. du 7 avril 1867, p. 481), du 17 mai 1869 (M. O. des P. U. du 19 juin 1869, p. 653) qui prévoient également la clause compromissoire ; 4. La convention pour la concession des chemins de fer de Ploesti à Prédéal et d'Adjud à Oena sanctionnée par la loi du 24 juin 1875 (Concession G. B. Crawley et Comp.) prévoit la disposition suivante dans son art. 25 : « Toutes les contestations qui pourraient surgir, relativement à l'interprétation du présent contrat, entre le gouvernement et les concessionnaires seront jugées sans appel par un tribunal d'arbitres composé de deux membres dont l'un choisi par le gouvernement et l'autre par les concessionnaires. Notification étant donnée par l'une des parties du choix de son arbitre, l'autre partie est tenue d'élire le sien dans un terme de 21 jours, sinon la partie qui a eu recours à l'arbitrage fera pareillement choix de l'arbitre de la partie adverse. Dès que les arbitres seront constitués, ils devront désigner un surarbitre. Toutefois si au bout de six jours à partir de leur nomination, ils n'ont pu s'entendre sur le choix du surarbitre, alors le premier président de la Haute Cour de justice et de cassation pourra être surarbitre de droit ou désigner un surarbitre, lequel devra être une personne notoirement compétente dans les questions à résoudre. En cas de divergence d'opinion entre les arbitres, le surarbitre sera tenu de se ranger conformément à la loi, à l'une des opinions émises. La sentence arbitrale devra être rendue dans le délai d'un mois. En cas contraire, on procéderait immédiatement à la nomination de nouveaux arbitres. Les arbitres et le surarbitre pourront être roumains ou étrangers. Il est spécifié que les différents relatifs à la confection des projets définitifs de toute nature et au mode d'exécution des travaux ne seront pas soumis à l'arbitrage mais décidés par le Ministre des travaux publics, les concessionnaires entendus. Ceux-ci pourront interjeter appel devant le Conseil des ministres mais dans les huit jours au plus tard sous peine de nullité de l'appel. » La clause compromissoire et l'arbitrage furent pour la première fois abandonnée dans la convention conclue entre la Municipalité de Galatz et MM. G. B. Crawley et Fred Pover pour l'alimentation de la ville de Galatz avec de l'eau filtrée, approuvée par le législateur et sanctionnée par le Haut Décret Royal du 13 juin 1881, qui dans son art. 27 prévoit que « Toutes les contestations entre la Commune et les concessionnaires seront jugées par les tribunaux ordinaires du pays ». L'art. 342 du nouveau Code de procédure civile du 14 mars 1900,

On voit donc que, malgré les oppositions réitérées du gouvernement, les concessionnaires finirent par imposer l'arbitrage « par dérogation de toutes dispositions des lois contraires ». Or, des textes contraires n'existaient pas encore à l'époque où la première clause compromissoire fut insérée dans les contrats de concession ci-dessus cités. Seulement les concessionnaires ont pris toutes les précautions pour l'avenir. En effet les clauses compromissoires insérées dans les textes des lois sur les concessions de chemin de fer, ont apporté une dérogation grave à l'art. 342 du Code de procédure civile du 11 septembre 1865, qui reproduisant textuellement l'art. 1006 du Code de procédure civile français, a prévu seulement le compromis mais non pas la clause compromissoire. Néanmoins la clause compromissoire fut maintenue même après 1865, et en dépit de l'art. cité du Code de procédure (192 bis).

D'autre part la loi du 11 février 1864 (192 bis) qui créa le Conseil d'Etat en Roumanie, n'a donné, en matière de travaux publics que des attributions très limitées à ce tribunal administratif. En effet le Conseil d'Etat fut institué seulement comme une *instance consultative* sur les difficultés et controverses survenues dans l'exécution des contrats d'entreprise et de concession « des chemins de fer, canaux et d'autres travaux publics » (art. 65).

introduit définitivement la clause compromissoire dans la procédure civile roumaine, à la différence du droit français où elle n'est pas prévue par le Code de procédure civile et seulement exceptionnellement admise dans certaines matières par des lois spéciales. Depuis 1900 la clause compromissoire est insérée dans presque tous les contrats de concession ou d'entreprise de travaux publics.

(192 bis) L'hostilité du gouvernement et du législateur roumains à l'égard de la clause compromissoire résulte aussi de la rédaction du Code de procédure civile du 11 septembre 1865 : Alors que dans son ensemble ce Code est la copie fidèle du Code de procédure civile du Canton de Genève, le législateur roumain a emprunté les dispositions relatives au compromis (art. 342) du Code de procédure civile français (art. 1006). En effet le Code genevois prévoit dans son art. 326 explicitement et « in terminis » la clause compromissoire. C'est pourquoi le législateur roumain a quitté en matière d'arbitrage son modèle d'origine. Il est clair que sur l'intervention du gouvernement, le Conseil d'Etat qui a préparé le projet du Code de procédure civile roumain a voulu empêcher par un texte express de la loi l'établissement de l'arbitrage en matière de travaux publics, très importants à cette époque, en considérant surtout la méfiance des concessionnaires étrangers à l'égard des tribunaux du pays comme un outrage au prestige de la magistrature roumaine. A notre avis ce serait l'explication cherchée par certains auteurs roumains, notamment M. Stella Voinesco (v. *Clauza compromisorie* P. S., 1932, p. 249) lorsqu'ils se demandent pourquoi le législateur roumain a puisé ses règles de procédure relatives au compromis du Code français de procédure civile, en abandonnant sur ce point sa source d'inspiration.

Ainsi l'intention louable du gouvernement de donner le contentieux des travaux publics à la compétence d'un Conseil d'Etat, exprimée dans tous ses projets de loi sur la concession des chemins de fer, fut annihilé par l'opposition acerbe des Compagnies concessionnaires étrangères, et le législateur roumain dut s'incliner vu la nécessité urgente de doter la Roumanie d'un réseau de chemins de fer.

Il y avait donc à cette époque deux conceptions antagonistes en face :

1° *La conception française*, (193) du contentieux des travaux publics, tel qu'il a été organisé par la loi du 28 pluv. an VIII et les lois antérieures, que le législateur roumain aurait voulu adopter avec la modification toutefois d'établir une seule instance, celle du Conseil d'Etat, et .

2° *La conception anglaise* du contentieux existant en Angleterre en matière de chemins de fer, établi par le « Railway Companies Arbitration Act » (22 et 23 Victoria ch. LIX du 13 août 1859) (194)

(193) La législation élaborée pendant le règne du Prince Couza — ancien élève des institutions scolaires de Paris, dont le secrétaire politique était Baligot de Beyne (v. N. Jorga : *Histoire des relations entre les Français et les Roumains*, p. 117) — est entièrement inspirée de la source française. Notons comme exemple le Code civil, la loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, la création du Conseil d'Etat, etc. Il est à remarquer que, même dans le Conseil supérieur des Travaux publics, qui a toujours pris parti pour le système français de contentieux de travaux publics, nous trouvons un illustre ingénieur français, M. Bonnet, inspecteur général dans le Ministère roumain des Travaux publics.

(194) Modifiée par les lois postérieures (v. Franqueville : *Du régime des travaux publics en Angleterre*, 2^e éd., t. III). — Avant cette loi, l'art. 126-137 de la loi 8 et 9 Victoria, ch. XX, Railways Clauses Act de 1845 ; l'art. 3-6 de la loi 18 Victoria, ch. XXXI, Railway and Canal traffic Act de 1854, organisèrent l'arbitrage pour trancher les litiges intervenant entre les C^{ies} de chemin de fer ou entre les particuliers et les C^{ies} concessionnaires. De même en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, le Land Clauses Act de 1845 (8 et 9 Victoria, ch. XVIII) art. 23, 25 et suiv. (v. Franqueville : I.139, III.64, et suiv.) pré voit l'arbitrage comme moyen de fixer l'indemnité due aux propriétaires. — Nous devons ici une courte explication sur le régime des travaux publics en Angleterre qui est complètement différent de notre système continental. En effet en Grande-Bretagne, sous l'influence de l'économie politique libérale, l'Etat assurait, en dehors des postes, peu de services publics (v. James W. Garner : *La conception anglo-américaine de droit administratif. Mélanges Hauriou*, Sirey, 1929, p. 379). L'exécution des travaux publics et la gestion des services publics a toujours été confiée à des particuliers. — Prenons comme exemple les chemins de fer ; l'Etat laisse le soin de la construction et de l'exploitation des chemins de fer à des Compagnies privées. Elles agissent pour leur compte, l'Etat n'est pas une partie

que les concessionnaires étrangers et spécialement anglais ont finalement imposée comme seul moyen de trancher les litiges sur-

contractante comme dans notre droit où les concessionnaires, autorisés par une loi, exécutent les travaux en vertu d'un contrat pour le compte de l'Administration. Dans la conception anglaise le concessionnaire est présumé agir dans son intérêt ; c'est pourquoi la loi qui lui accorde la concession n'est pas une loi d'intérêt public (*public bill*) d'initiative gouvernementale ou parlementaire — qui corresponde à notre système législatif — mais une loi d'intérêt privé (*private bill*). Ce dernier bill est une *demande* faite au Parlement par des particuliers dans leur intérêt, c'est une faveur qu'ils sollicitent et cette faveur leur est profitable mais pourrait nuire à des tiers (Franqueville, I.57). Pour sauvegarder les droits et intérêts des tiers en opposition avec les intérêts des C^{tes}, le Parlement impose aux concessionnaires des « *standing orders* » (clauses obligatoires) qui doivent être insérées dans tout bill de chemin de fer, et qui contiennent certaines obligations imposées aux concessionnaires. Ainsi les *standing orders* prévoient les formalités qui devront être remplies par les demandeurs de concession : publications de l'intention de présenter un *private bill*, le dépôt des plans des travaux au juge de paix ou au sheriff du Comité ; notification individuelle à des personnes intéressées à faire une opposition et dont les terrains devront être touchés par la construction ; la procédure de l'expropriation ; le dépôt du cautionnement ; la date de l'achèvement des travaux et les pénalités (amendes) prévues en cas d'inexécution ; l'abandon de la concession ; les tarifs et taxes à percevoir, etc. (Franqueville, I.76-80). Les clauses obligatoires contiennent encore les règles de la *procédure de l'approbation des private bill*, qui est extrêmement minutieuse et compliquée : Dans une première phase cette procédure n'est pas seulement parlementaire mais en quelque sorte administrative, elle a comme but de constater si le private bill contient les standing orders. Ainsi le private bill est examiné par différentes Commissions parlementaires qui donnent leur avis. La seconde phase de cette procédure est judiciaire ; les particuliers ou les autres C^{tes} concessionnaires intéressées ont le droit de s'opposer à l'approbation du bill de concession. Cette procédure a ceci de singulier que le Parlement prend ici le rôle d'un juge, les parties sont assistées par des avocats, et la Commission parlementaire rend une véritable sentence. Cette procédure est un vestige historique du temps où le Parlement exerçait — comme en France d'ailleurs — le pouvoir judiciaire et législatif. Finalement et après avoir accompli cette procédure, le *private bill* sera voté par les Chambres (Franqueville, I.55). — Nous avons cru utile de donner ces brèves indications pour mieux saisir le contentieux des travaux publics en Angleterre. Nous avons donc vu que l'Etat n'est pas une partie contractante dans l'exécution d'un travail public par concession. Il n'a non plus le droit d'agir d'office contre le concessionnaire qui ne respecterait les clauses de l'acte de concession. L'action de contrôle du Board of Trade et des His Majesty's Commissioners of Public Works (qui correspondent au Ministère des Travaux publics et ses organes) s'exerce par l'intermédiaire des Cours de justice, en demandant au pouvoir judiciaire d'émettre des *wrights of mandamus*, des injonctions contre les C^{tes} en les obligeant à se conformer aux clauses de la loi de concession (Franqueville, I.166). — En cas où la ligne n'est pas ouverte à la circulation dans le délai fixé par le bill, une amende est prévue par les standing orders incorporés dans la loi, pour chaque jour de retard. Une particularité du système anglais c'est que les injonctions et les amendes sont prononcées par le juge non seulement sur l'intervention du Board of Trade mais aussi sur la demande de toute personne intéressée. L'amende est attribuée aux particuliers

venues à l'occasion de l'exécution des clauses et conditions des cahiers des charges de leurs concessions.

comme indemnité à raison des dommages qui leur auraient été causés par l'exécution et l'inexécution des travaux. S'il n'y a aucune indemnité à payer ou lorsque les particuliers ont été déjà dédommagés, la totalité ou le reste de l'amende sera acquis par la Couronne. -- Vu que la concession n'est pas un contrat ni un acte administratif, la résiliation et la révocation de la concession sont inconnues. Il y a seulement « l'abandon » de la concession qui peut être autorisée par le bill même, lorsque d'après les termes employés les concessionnaires sont seulement *autorisés* à construire (« it will be lawful »). Dans ce cas-là il n'y a aucun moyen de contraindre les concessionnaires d'exécuter les travaux. Si au contraire la C^{ie} est *obligée* à construire (« shall do ») le Board of Trade et les particuliers peuvent demander à la Cour de Banc de la Reine (du Roi) un *wright of mandamus* contre la C^{ie} (Franqueville, I.167). Mais même dans ce cas-là, le Board of Trade peut autoriser l'abandon des travaux. Les conséquences de l'abandon des travaux par les concessionnaires est leur déchéance de tous les droits qui leur furent accordés par le bill. Ils doivent indemniser en outre les propriétaires des terrains à raison des dommages qui résultent pour eux du fait de l'inexécution des travaux (par exemple : l'absence des passages à niveau, ponts, aqueducs, et autres ouvrages que les C^{ies} auraient dû faire si les travaux n'avaient pas été abandonnés) et les dommages causés par les travaux exécutés (occupations temporaires, acquisitions des terrains, etc.). Le montant de cette indemnité peut dépasser le cautionnement déposé par les concessionnaires. Par contre lorsque toute la réclamation aura été satisfaite, l'excédent du cautionnement reste acquis au compte de l'Echiquier de Sa Majesté. Les chiffres de l'indemnité à payer aux particuliers seront fixés *par des arbitres* (v. art. 20 et suiv. de la loi 13 et 14 Victoria, ch. LXXXIII, Abandonnement of Railway Act de 1850, Franqueville, III.148). — Voilà donc dans les grandes lignes le contentieux qui existait en matière de chemins de fer en Angleterre, à l'époque de la construction des premières voies ferrées de la Roumanie ; l'arbitrage étant un moyen général de régler les contestations entre les C^{ies} de chemin de fer et avec les particuliers. En ce qui concerne l'Etat, nous avons vu qu'il n'intervenait dans la matière de travaux publics que pour accorder par la procédure très originale des « *private bills* » la concession, mais les ouvrages ne sont pas exécutés pour son compte, il n'est pas une partie contractante. D'autre part, lorsqu'un particulier anglais passe un contrat avec un représentant de la Couronne, et que ce contrat est résilié, il n'a aucune action directe contre l'Administration, conformément à la fameuse règle : « *The King can do no wrong.* » Ce principe s'applique en effet aussi bien dans le domaine délictuel que dans le domaine contractuel : « *The immunity of the Sovereign from all legal action in respect of both contract and tort, is well known and established ; and this immunity extends to servants of the Crown as such.* » (v. F. J. Port : *Adm. law*, 1929, p. 190). Le particulier anglais contractant avec la Couronne n'aura d'autre moyen de faire respecter ses droits résultant de l'acte bilatéral, que s'adresser par un « *petition of right* » à la Couronne, donc par un recours gracieux (v. *Petition of Right Act* de 1860, 23 et 24 Victoria, ch. XXXIV ; George Stuart Robertson : *The law and practice of civil proceeding by and against the Crown*, etc., London, 1908, pp. 339-40 et les « *cases* » cités). Sur ce point le système anglais présente une différence avec le système des Etats-Unis : L'institution des *Courts of Claims* en Amérique place la responsabilité contractuelle et quasi contractuelle sur une autre base que celui du droit anglais ; alors

D'autre part le Conseil d'Etat roumain a disparu après une courte existence de 2 ans, étant supprimé par la Constitution du 30 juin 1866 (art. 131) (195).

Les lois postérieures (196) qui organisèrent le contentieux administratif en Roumanie ne font plus mention des travaux publics, si bien que leur contentieux, et spécialement celui de l'interprétation

qu'en Amérique il s'agit de rétablir un droit lésé par une procédure judiciaire, en Angleterre cette action est toujours « *ex gratia* » (v. F. J. Port : *Adm. law*, p. 334). Cette insuffisance du système anglais explique la *procédure arbitrale*, qui marque une période intermédiaire vers la création de certains tribunaux administratifs (v. F. J. Port : *op. cit.*, p. 194). Ainsi dans la matière contractuelle nous pouvons citer l'arbitrage prévu par le Telegraph Act de 1868 (31 et 32 Victoria, ch. CX) art. 9, comme moyen de trancher les litiges intervenant entre le Postmaster General et les C^{ies} de chemin de fer, concernant le trafic postal assuré par les C^{ies}. — Pour conclure nous croyons que l'origine de l'arbitrage en Roumanie en matière de travaux publics doit être cherchée dans le droit anglais.

(195) On a donné plusieurs explications sur les motifs qui ont déterminé l'Assemblée Constituante à supprimer le Conseil d'Etat. L'exposé des motifs présenté par M. Aristide Pascal, rapporteur de la Constitution, avoue un seul argument qui semblait à cette époque suffire pour déridier la suppression du Conseil d'Etat : c'est qu'il coûtait trop cher, 400.000 ancien lei par an (v. *Journal Officiel*, n° 49 de 1866, p. 726). Les auteurs roumains ne sont pas d'accord sur cette question : Selon M. Dissesco (*Cours de dr. public roumain*, Buc., 1891, pp. 783 et 789) la suppression du Conseil d'Etat est la suite normale du principe de la séparation des pouvoirs. M. Paul Negulesco croit que le législateur roumain a suivi l'exemple de la Belgique ; la Constitution roumaine de 1866 étant calquée sur la Constitution belge de 1831 qui a supprimé également le Conseil d'Etat. Dans une seconde opinion M. Paul Negulesco croit que la suppression du Conseil d'Etat roumain est due au mécontentement des politiciens roumains de l'époque qui ont estimé que la compétence donnée au Conseil d'Etat pour préparer les projets de lois constitue une diminution des pouvoirs des Assemblées législatives. Cette opinion reste partagée par M. Anibal Teodoresco. D'après la majorité des opinions il résulterait que le législateur roumain de 1866 ne visait dans la suppression du C. d'Et. que ses attributions législatives ; il poursuivait par là une rancune contre le régime du coup d'Etat inauguré par le Prince Couza, qui après sa chute, se manifestait par l'anéantissement de ses réformes et spécialement du Conseil d'Etat son collaborateur intime (v. A. Teodoresco : *Cours de dr. adm. doctorat*, Buc., 1922 et 1929, p. 736 ; M. Iorgulesco : *Contenciosul actelor adm. de autoritate*, Buc., 1928).

(196) Ces textes sont très nombreux. En effet à la différence de la France où des lois résistent à des changements de régimes, présentant une merveilleuse continuité (les vénérables textes qui organisent le contentieux des travaux publics et qui ont survécu aux monarchies, aux empires, à trois révolutions, sont à ce point un exemple éclatant), en Roumanie presque chaque changement de gouvernement entraîne un grave bouleversement législatif. Ainsi le contentieux administratif en Roumanie a connu pendant 70 ans d'existence non moins de 8 réglementations plus ou moins différentes et cependant on ne peut encore le considérer comme complètement organisé : 1. La loi du 11 février 1864 créa le Conseil d'Etat roumain ; 2. L'art. 131 de la Constitution de 1866 supprime le Conseil d'Etat et

et de l'exécution des clauses des conventions et cahiers des charges fut abandonné à la juridiction arbitrale, et faute de clause compromissoire ou compromis, à la compétence des tribunaux ordinaires.

Néanmoins le contentieux des travaux publics peut encore à l'heure actuelle être considéré comme administratif en tant qu'un acte administratif d'autorité intervient dans les opérations des travaux publics. En effet, le contentieux administratif en Roumanie est réduit à l'examen des actes administratifs d'autorité par l'exclusion des actes de gestion. Or, la grande question qui se pose est celle de la nature juridique des contrats administratifs en général, et spécialement des contrats de travaux publics. Doit-on les considérer

l'art. 130 de la Constitution de 1884 défend à l'avenir son rétablissement ; 3. Les attributions contentieuses du Conseil d'Etat sont déferées par la loi du 9 juillet 1866 aux instances judiciaires qui statueront d'après les règles du droit commun, uniquement sur les demandes en indemnité ; 4. Par la loi du 1^{er} juillet 1905 on a modifié la loi sur l'organisation de la Cour de cassation du 24 janv. 1861 en ce que les attributions de contentieux administratif des tribunaux judiciaires ont été données à la 3^e Chambre de la Cour de cassation qui statuera en instance unique. Cette loi inaugure en Roumanie le contentieux d'annulation complété d'une procédure calquée sur le système des Etats-Unis d'Amérique des « *wrights of certiorari et prohibitori* » ; 5. La loi du 25 mars 1910 rétablit le régime de 1866 en supprimant le contentieux d'annulation ; 6. La loi du 17 février 1912 établit un système de contentieux de l'illégalité ; 7. L'art. 107 de la Constitution de 1923 et la loi du 23 déc. 1925 organisent le contentieux administratif actuellement en vigueur. Mais contrairement à la disposition expresse de la Constitution la loi du 23 déc. 1925 limite le recours en contentieux aux actes administratifs d'autorité ; 8. Les lois des 3 août 1929 et 3 janv. 1930 instituent à côté du contentieux administratif des instances régionales et une Cour centrale de tutelle administrative (les Comités locaux et le Comité Central de Révision) dotée de certaines attributions contentieuses. — L'espace limité de cette étude ne nous permet pas de traiter cette question très intéressante de l'évolution et des bases du contentieux administratif roumain, discutée plus spécialement dans : Sofir Nassé : *Histoire du droit public sanctionneur et la jurid. adm. en Roumanie*, thèse, Paris, 1924, pp. 168 et suiv. ; Mihail Jorgulesco : *Contenciosul actelor adm. de autoritate*, Buc., 1928 ; V. Onisor : *Tratat de dr. adm. rom.*, 2^e éd., pp. 270 et suiv. ; C. Hamangiu, R. Hutschnecker, G. Iuliu : *Recursul in Cassatie si cont. adm.*, pp. 936 et suiv. ; P. Negulesco : *Le contentieux des actes adm. en Roumanie* (*Rev. de dr. publ.*, 1910, pp. 667 et suiv.) ; Louis Rolland : *Contentieux adm. roumain et cont. adm. français* (*Revista de dr. publ.*, Buc., 1928, pp. 265 et suiv.) ; C. Barinresco : *Cont. adm. rom.*, Buc. (*Rev. de dr. publ.*, 1926, p. 452) ; Botez : *Le cont. adm. dans la conception du législateur roumain* (*Bull. de la Soc. de législ. comp.*, 1928, pp. 216 et suiv.) ; Pierre Lampué : *Le régime roumain du contentieux administratif*, 1928 ; *Codul administrativ adnotat de MM. P. Negulesco, Romul Boila, Gh. Alexiano*, Buc., 1930 ; I. G. Vântu : *Comitetele de Revizuire* (*Revista de dr. publ.*, t. VII, pp. 116 et suiv.) ; E. A. Poulropol : *La justice administrative roumaine* (Extrait du *Bulletin de la Société de Législation comparée*, Paris, 1931) ; Emil Deciu : *Institia Administrativa*, Cluj, 1933. etc.

comme actes administratifs de gestion ou bien comme des actes administratifs d'autorité ?

Avant d'examiner cette question, il serait utile de voir comment cette distinction entre les actes administratifs d'autorité et de gestion s'est produite et quelle est sa raison d'être ?

Cette distinction fut pour la première fois consacrée dans un texte législatif par la loi du 17 février 1912 (art. 5, § 3, lit. f), et maintenue par l'art. 1^{er} de la loi du 23 décembre 1925 sur le contentieux administratif.

La loi du 23 décembre 1925 énumère dans ses articles 2 et 3 toute une série d'actes contre lesquels le recours en contentieux *n'est pas admissible*. Ce sont :

- 1° Les actes de gouvernement ;
- 2° Les actes de commandement à caractère militaire ;
- 3° Les actes concernant l'exercice de la tutelle administrative et du contrôle hiérarchique ;
- 4° Les décisions des conseils de discipline déclarées exécutoires par les statuts des fonctionnaires ou d'autres lois ;
- 5° Les actes des autorités militaires autres que les décisions de mise en retraite, pour le montant des pensions de retraite, et finalement,
- 6° Les actes administratifs d'autorité et de gestion accomplis par les Présidents de la Chambre et du Sénat.

Cependant, les actes de gestion n'y figurent pas.

Comment alors l'exclusion des actes de gestion s'est-elle tout de même produite ?

C'est par une inadvertance législative. En effet, alors que le dernier alinéa de l'art. 107 de la Constitution de 1923 prévoit textuellement que le recours en contentieux est ouvert aussi bien contre les actes administratifs d'autorité que les actes de gestion (197), par

(197) « Celui qui est lésé par un acte administratif d'autorité soit par un acte de gestion, fait en violation des lois et règlements en vigueur ou par la mauvaise volonté des autorités administratives à solutionner une demande concernant un droit, peut recourir aux instances judiciaires pour que son droit soit reconnu ». D'autre part la loi sur l'unification administrative du 14 juin 1925, dans son art. 285, prévoit également que le particulier lésé par un acte administratif d'autorité, soit par un acte administratif de gestion, pourra recourir aux instances judiciaires « suivant la procédure prévue par la loi sur le contentieux administratif ». Il va sans dire que par l'expression « instances judiciaires » l'art. 107 de la Constitution, de même que l'art. 285 de la loi du 14 juin 1925 ci-dessus cité, n'ont certainement entendu les tribunaux ordinaires (de droit commun) comme

contre, chose curieuse, la loi sur le contentieux administratif du 23 décembre 1925, contrairement au texte précis de la Constitution limite la recevabilité du recours en contentieux aux actes administratifs d'autorité, car, tout en reproduisant le texte de l'art. 107 de la Constitution, *elle ne fait plus mention des actes de gestion* :

« Quiconque se prétend lésé dans ses droits par un *acte administratif d'autorité*, fait en violation de la loi et règlements... peut recourir aux instances judiciaires compétentes et ci-dessous désignées pour que son droit soit reconnu » (art. 1^{er}).

Il en résulte que le système roumain du contentieux administratif, tel qu'il existe à l'heure actuelle, est une violation de la Constitution. Ce qui est encore plus curieux, c'est que l'inconstitutionnalité de la loi du 23 décembre 1925 ne se soit jamais posée devant les tribunaux, et qu'une jurisprudence constante fasse application de ce texte anti-constitutionnel, en opposant une fin de non-recevoir toujours quand il est question d'examiner un acte de gestion.

Cette jurisprudence a comme point de départ le système du contentieux inauguré par la loi du 9 juillet 1866 (198). En effet, cette loi remet les attributions contentieuses du Conseil d'Etat supprimé aux tribunaux judiciaires qui statueront d'après les règles du droit commun. Donc dans ce régime tout contentieux administratif est purement et simplement inexistant, car les instances judiciaires ne pouvaient désormais conclure à l'annulation des actes administratifs d'autorité entachés de vices. Elles n'avaient pas non plus la possibilité de les réformer sans porter atteinte au principe de la séparation des pouvoirs scrupuleusement respecté par le législateur roumain (v. *infra*). Les instances judiciaires sous le régime de la loi de 1866 se bornèrent à statuer sur les actes, dénommés plus tard, *actes de gestion*, et en outre sur les demandes en indemnité à raison des dommages causés par les actes administratifs, en appliquant les règles du droit commun (Art. 998 du Code civ. roumain, cf. art. 1.382 Code civ. français).

tels, mais les instances qui, tout en faisant partie du pouvoir judiciaire, et de l'organisation générale de la justice, ont reçu à côté de leur compétence de droit commun l'attribution spéciale de connaître les litiges administratifs. En effet l'art. 107 de la Constitution ne vise que le contentieux administratif à la différence des art. 101-106 qui parlent de l'organisation des instances du droit commun. Les instances du contentieux administratif sont, d'après la loi du 23 déc. 1925, les Cours d'appel en premier ressort et la 3^e Chambre de la Cour de cassation, en dernière instance.

(198) V. Rarinceco : *op. cit.*, p. 464.

En ce qui concerne les actes administratifs d'autorité, les parties lésées ne pouvaient invoquer que l'exception d'illégalité et les tribunaux avaient la possibilité, sans annuler l'acte administratif contraire à la loi, de le déclarer simplement vicié et inopérant à l'égard du requérant.

Si l'acte administratif avait déjà produit ses effets, le particulier lésé n'avait plus d'autre moyen pour obtenir satisfaction que la voie du recours en indemnité.

Ainsi, les instances prévues par la loi du 9 juillet 1866 ne pouvant porter sur les actes administratifs d'autorité, la distinction des actes administratifs d'autorité et des actes de gestion fut nécessairement établie par la jurisprudence, bien qu'elle ne soit pas en mesure de donner un critérium précis sur les limites de la compétence administrative, car nous constaterons l'existence de nombreux actes réputés de gestion dont l'examen par les instances du droit commun ne pourrait pas avoir lieu sans porter atteinte au principe de la séparation des pouvoirs.

Toujours est-il que cette jurisprudence a survécu aux lois postérieures sur le contentieux administratif. Néanmoins, si cette distinction aurait pu encore avoir une raison d'être sous le régime de la loi du 25 mars 1910 qui rétablit le système de 1866, depuis 1912 et spécialement depuis la Constitution de 1923, elle aurait dû sans doute disparaître. Or, nous avons vu que la loi du 23 décembre 1925 donne une consécration législative à cette distinction malgré le texte contraire de la Constitution de 1923.

En ce qui concerne la doctrine roumaine, le premier auteur qui divise les actes administratifs en ces deux groupes est M. Paul Negulesco, dans la première édition de son traité de droit administratif (pp. 345 et 399) de 1904 (199).

(199) Voilà la distinction établie par M. Paul Negulesco, d'après la 3^e édition de son traité (1925), p. 327 : « Les actes administratifs sont de deux catégories : 1) par les uns on ordonne ou interdit quelque chose aux administrés. L'autorité administrative dans ces cas-là donne des ordres, elle agit en sa qualité de puissance publique à l'égard des administrés. Ces actes sont appelés actes d'autorité, comme le seraient les règlements, les ordonnances et les décisions ; 2) par d'autres actes l'autorité administrative gère le patrimoine public et accomplit des actes relatifs à ce patrimoine, comme le seraient un achat d'un immeuble fait par l'Administration, un bail, une vente, etc. Ces actes sont semblables à ceux qui sont accomplis par les particuliers et sont soumis aux mêmes règles de droit privé, avec quelques modifications introduites par les lois administratives. Ces actes patrimoniaux sont dénommés actes de gestion. » Et plus loin (p. 500) : « On soutient chez nous que cette distinction devait être éliminée. Une telle préten-
tion

Elle est acceptée également par M. Anibal Teodoresco (*Tratat de dr. adm.*, 3^e éd., pp. 394 et suiv.) qui insiste spécialement sur un critérium de *forme*, en considérant comme actes administratifs d'autorité ceux qui ont le caractère *unilatéral*, M. Gh. Alexiano (*Curs de dr. constitutional*, t. II, 1931, pp. 176 et suiv.), M. V. Onisôr (*Tr. de dr. adm.*, 2^e éd., 1930, p. 291) qui l'admet pour une considération d'ordre pratique, savoir comme une limite de la compétence des instances du contentieux administratif, ainsi qu'il est prévu par la loi du 23 décembre 1925.

La doctrine contraire est représentée par M. C. Rarincesco (*Con-tenciosul adm. rom.* dans la *Revista de dr. publ.*, 1926, p. 458) qui par une très judicieuse argumentation montre que la distinction des actes administratifs, telle qu'elle est faite par la jurisprudence et la doctrine citée n'a aucun fondement scientifique (v. encore les critiques de MM. Hamañgiu : *Tendintele cont. adm.*, P. R. 1931, p. 8 et G. A. Petresco, *op. cit.*, 1932, pp. 105 et suiv.).

En France la distinction des actes administratifs d'autorité et de gestion fut mise au point par M. Laferrière dans son célèbre traité sur la juridiction administrative (t. I, p. 5) :

« Une double mission incombe à l'autorité administrative. D'une part, elle est chargée de veiller à la gestion de la fortune publique et à son emploi, d'assurer la perception des revenus de toute nature destinés à pourvoir aux charges communes, et leur affectation aux services publics. Les actes qu'elle accomplit pour remplir cette mission sont ceux que l'on appelle *actes de gestion*. »

« D'un autre côté, l'Administration est dépositaire d'une part d'autorité, de puissance, qui est une des attributions du pouvoir exécutif. Elle est chargée de faire exécuter les lois, d'édicter les prescriptions secondaires destinées à assurer la marche des services publics et de procurer aux citoyens les avantages d'une bonne police, elle intervient par voie de prescriptions générales ou indivi-

ne saurait être justifiée par les considérations suivantes : a) L'art. 107 de la Constitution aussi bien que la loi du 23 déc. 1925 font mention de ces deux catégories d'actes ; b) Mais tandis que la Constitution reconnaît les deux catégories d'actes, en déclarant expressément que les tribunaux judiciaires (statuant sur le contentieux administratif) sont compétents pour en connaître et les contrôler, d'après la loi sur le contentieux administratif, par contre... les actes de gestion restent de la compétence des tribunaux de droit commun. Par conséquent alors qu'en France il n'existe pas de texte de loi qui ferait cette distinction, chez nous il y en a ; alors qu'en France cette distinction n'a aucune utilité, chez nous elle en présente. Il en résulte qu'il n'y a aucun motif ni possibilité de renoncer à cette division des actes administratifs. »

duelles d'injonctions ou de défenses, adressées à ceux qui s'écartent des règles prescrites ou qui nuisent à l'intérêt général. L'Administration agit alors comme autorité, comme puissance, et ses actes sont dits *actes de commandement ou de puissance publique*. »

Faut-il déduire de cette distinction que les actes de gestion seraient de la compétence des tribunaux judiciaires ? Ou bien encore que le contentieux de *tous* les actes de gestion ne saurait pas appartenir à la juridiction administrative ?

La portée de cette distinction est très nettement établie par M. Laferrière (*op. cit.*, t. I, p. 484) :

« Le contentieux des actes de puissance publique est administratif de sa nature, celui des actes de gestion n'est administratif que par la détermination de la loi. *Mais à cette règle générale, il faut ajouter les deux observations suivantes :*

« En premier lieu, le contentieux des actes de gestion peut être déféré à la juridiction administrative par des dispositions générales de la loi, aussi bien que par les dispositions spéciales ; il n'est pas besoin que tous ces actes soient largement tracés ou définis, *il suffit qu'ils rentrent dans les catégories largement tracées par le législateur* » (200).

« *En second lieu, il y a des actes qui concourent à la gestion des services publics, à l'administration des biens possédés ou surveillés par l'Etat, mais qui en même temps se rattachent si étroitement à l'exercice de la puissance publique, qu'ils échappent de plein droit à la compétence judiciaire, comme si cette puissance était seule en jeu. Telles sont les concessions faites à des particuliers sur le domaine public... L'élément contractuel qui s'y ajoute, dans ce cas, à l'acte de puissance publique ne le transforme pas en simple acte de gestion. Par cela seul que la puissance publique se manifeste dans ces décisions, elles relèvent exclusivement de la juridiction*

(200) « Ainsi, aucun texte n'a formellement exclu de la compétence judiciaire les obligations pécuniaires résultant, pour le trésor public, des émissions de rentes ou des opérations de trésorerie, ni les réclamations relatives aux soldes et aux traitements, ni les demandes d'indemnités formées contre l'Etat pour des dommages autres que ceux résultant des travaux publics, *mais les dispositions générales des lois du 8 août 1790 et du 26 sept. 1790, ont posé en principe que les créances sur l'Etat seraient réglées administrativement.* Ce principe s'applique à toutes les actions tendant à faire déclarer l'Etat débiteur, quelle que soit la cause de la dette, à moins qu'il ne s'agisse pas des stipulations exclusivement régies par le droit civil, telles que celles qui sont faites dans l'intérêt du domaine privé de l'Etat » (Laferrière, *ibidem*).

administrative et échappent de plein droit à la compétence des tribunaux. »

Le texte que nous venons de citer complète la définition donnée par M. Laferrière des actes administratifs d'autorité et de gestion et on ne saurait séparer ces deux citations sans arriver à des conclusions tout à fait erronées que l'auteur n'aurait certainement pas acceptées.

Mais la question ne présente dans le droit administratif français aucun intérêt, car le contentieux des actes de gestion, en principe, appartient aux tribunaux administratifs.

a) *Soit par l'attribution de la loi* (ainsi la loi du 28 pluviôse an VIII attribue aux Conseils de préfecture, sauf appel devant le Conseil d'Etat, le contentieux des marchés de travaux publics, de même le décret du 11 juin 1806, donne à la compétence, en premier ressort, des Ministres, et, sur appel, du Conseil d'Etat, les contestations qui s'élèvent à l'occasion des marchés de fournitures passés au nom et pour le compte de l'Etat).

b) *soit à la suite d'une interprétation de la loi du 24 mai 1872, (art. 9), d'après laquelle le Conseil d'Etat « statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative ».* Par l'interprétation de ce texte et par application du principe de la séparation des pouvoirs, on est arrivé à reconnaître au Conseil d'Etat le caractère de juridiction ordinaire « c'est-à-dire de statuer sur les litiges administratifs auxquels la loi n'a pas assigné d'autre juge » (v. Laferrière, *op. cit.*, t. I, p. 322). Cette compétence est dérivée aussi de la théorie du ministre-juge, fautive en elle-même, « d'après laquelle les ministres étaient considérés comme juges ordinaires parce que l'on confondait avec une fonction juridictionnelle le droit qu'ils ont de prendre des décisions au nom de l'Etat et de réformer les actes de leurs subordonnés » (Laferrière, *ibidem*), théorie qui a disparu comme on le sait par le fameux arrêt *Bougard* du Conseil d'Etat (24 juin 1881) et depuis lors le caractère de juge ordinaire administratif fut définitivement reconnu au Conseil d'Etat.

C'est ainsi que les recours formés contre les décisions des ministres ayant le caractère d'*actes de gestion* et qui sont inhérentes à la fonction du ministre prise en tant que représentant de l'Etat chargé d'assurer les services publics, fut admis par le Conseil d'Etat. Ces décisions se réfèrent notamment à la passation, l'exécution, la résiliation des marchés et autres contrats de l'Etat (la liquidation et

le paiement des dettes de l'Etat, le recouvrement de certaines créances de l'Etat au moyen d'ordres de reversement ou d'arrêts de débet) et en général à toutes les mesures qui ont pour objet le règlement d'intérêts pécuniaires relatifs aux services publics (Laferrière, *ibid.*).

Les seuls actes de gestion qui échappent à la compétence du Conseil d'Etat comme juge ordinaire du droit administratif sont ceux qui ont le caractère *d'actes de droit commun*.

En effet, lorsqu'il s'agit par exemple de locations d'immeubles, de contrats de travaux privés faits pour le compte du domaine privé de l'Etat, de ventes des produits de ce domaine, etc., on ne voit aucun inconvénient à ce que l'Etat soit assimilé à un simple particulier, car il n'agit pas dans ces cas-là en sa qualité de puissance publique, et l'intérêt public n'est pas directement en jeu. Ces actes de droit privé rendent donc l'Etat justiciable des tribunaux ordinaires.

De plus, *l'examen d'un acte administratif de gestion par la juridiction administrative pourrait encore avoir lieu lorsqu'il s'agirait d'une « question préjudicielle »*. Le conflit serait élevé dans le cas où le jugement d'un tribunal judiciaire dépendrait du sens qu'on pourrait donner à une disposition de puissance publique renfermée dans l'acte de gestion ;

1° suivant la règle que l'interprétation des actes administratifs est soustraite de plein droit aux tribunaux judiciaires, en appliquant ici l'adage « *ejus es interpretari cujus est condere* ». En effet ce sont seulement les tribunaux administratifs qui peuvent avoir qualité pour connaître des nécessités de l'administration et des considérations d'intérêt public qui ont dicté l'acte en question, et

2° suivant le principe de la séparation des pouvoirs édicté par la loi des 16-24 août 1790, par lequel il est interdit, sous les peines prévues par l'art. 124 du Code pénal, aux tribunaux judiciaires de connaître des actes d'administration. La jurisprudence du Tribunal des Conflits est constante en ce sens qu'il suffit d'insérer dans les déclinatoires de compétence les textes généraux des lois des 16-24 août 1790 et 16 fructidor an III, qui édictent le principe de la séparation des pouvoirs. Les conséquences du déclinatoire de compétence, et de l'arrêté préfectoral de conflit sont que le tribunal judiciaire doit surseoir, sous les peines édictées par les art. 127, 128, 130 et 131 du C. pénal, à toute procédure jusqu'à ce que le tribunal des conflits ait statué sur la compétence.

Il faut cependant bien préciser qu'il s'agit ici d'une simple hypothèse car, à l'heure actuelle, il ne reste plus un seul acte de cette catégorie d'actes pour ainsi dire mixtes qui, renfermant des dispositions de puissance publique à côté de situations de gestion, qui ne soit attribué par une loi à la compétence des tribunaux administratifs, ou bien que le Conseil d'Etat ne puisse juger comme juridiction ordinaire administrative, conformément à l'article 9 de la loi du 24 mai 1872.

Pour conclure, dans le droit français, seuls les actes de droit commun de l'administration échappent de plein droit à la compétence des instances administratives. En droit français, le principe de la séparation des pouvoirs est intégralement appliqué.

Il résulte de cet examen que la division bipartite des actes administratifs, en actes de gestion et actes administratifs d'autorité, ne se fonde sur aucun critérium précis. C'est pourquoi elle est aujourd'hui abandonnée par la majorité de la doctrine française (201).

En effet, si l'on admettait cette division on serait encore obligé de diviser aussi les actes de gestion en deux sous-divisions : a) les actes de gestion privée, et b) les actes de gestion publique. Les premiers seraient des actes de droit commun, les seconds des actes mixtes, qui à côté de leur caractère contractuel contiennent des dispositions de puissance publique.

Si nous retournons maintenant au droit roumain nous constaterons que l'application pratique de la théorie de la double nature des actes administratifs a donné lieu à de graves difficultés. La séparation des actes administratifs constituent la base du système du contentieux administratif roumain, ainsi qu'il fut organisé par la loi du 23 décembre 1925, en flagrante contradiction avec le texte exprès de l'art. 107 de la Constitution de 1923, et la ligne de démarcation de la compétence des instances administratives,

(201) V. les conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Teissier pour l'affaire *Feutry* (Trib. des Conf., 29 févr. 1908, Lebon 216) ; Léon Duguit : *Traité de dr constitutionnel*, 3^e éd., t. II^e, 1928, pp. 344 et suiv. ; Maurice Hauriou : *Principes de dr. publ.*, 1^{re} éd., 1910, p. 480 ; *La gestion administrative*, 1899, pp. 36 et suiv. ; Contra, Berthelémy : *Traité de dr. adm.*, 1-4^e éd. Dans la 6^e édition de son *Traité*, l'illustre Doyen reconnaît que « si logique qu'elle soit et quelques services qu'elle ait rendus, la distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion n'est plus aujourd'hui qu'une constatation de fait à peu près dépourvue de conséquences juridiques ». Néanmoins elle fut maintenue dans les éditions ultérieures de son *Traité*.

la question de la définition des actes de gestion présente un intérêt plus grand qu'elle ne le mérite.

Cependant le législateur ne donne nulle part la définition des actes de gestion. C'est donc à la jurisprudence qu'est revenue cette mission extrêmement difficile.

Pour montrer l'hésitation de la jurisprudence de la Cour de Cassation roumaine sur la définition des actes de gestion nous donnerons quelques exemples. Ensuite nous tâcherons de fixer l'état actuel de la jurisprudence.

1° Dans une première phase de sa jurisprudence, la Cour de Cassation reproduit la définition des actes de gestion donnée par l'exposé des motifs de la loi du 17 février 1912 (v. Barinresco, *op. cit.*, p. 466) :

« Par acte administratif d'autorité on doit entendre l'acte fait par l'administration en sa qualité d'autorité publique, et par acte de gestion on entend l'acte fait par l'administration en tant que personne juridique ayant le droit de disposition et d'administration de son patrimoine » (Cass., III, n° 400 du 17 novembre 1920, P. R. 1923.1.4 ; n° 647 du 27 mars 1922, P. R. 1923.3.2 ; n° 1642 du 4 déc. 1925, P. S. 1925, p. 187 ; n° 450 du 4 mai 1928, P. S. 1928, p. 500).

Cette définition a donné lieu à de nombreuses difficultés :

a) Ainsi par une série de décisions la Haute Cour de Cassation considérait comme acte de gestion le refus du Ministre des Finances de restituer des prélèvements de retraite faits contrairement aux dispositions de la loi (Cass., III, n° 345-912, B. C., 1912, p. 1575, v. Hamangiu, *op. cit.*, p. 449) ou bien le refus des autorités administratives d'ordonnancer les émoluments des fonctionnaires (Cass., III, n° 2353-924, J. R. 1925, p. 197, J. G. 1925, p. 197, P. S. 1927, p. 737 ; n° 74-925, P. S. 1927, p. 737 ; n° 1429-925, J. R. 1926, p. 65 ; Trib. Ilfov., I, n° 403-927, Dreptul 1927, p. 72, cités par M. George A. Petresco : *Evolutiunea jurisprudentiale a contenciosului adm. rom. Râmnicul Vâlciu*, 1932, p. 105, Hamangiu, *op. cit.*, p. 452).

Plus tard la Cour de Cassation abandonne cette jurisprudence en décidant que le refus de l'autorité administrative d'ordonnancer un salaire constitue un acte administratif d'autorité, car en refusant de reconnaître les droits que le requérant invoque en vertu d'une loi, l'administration se comporte en organe de l'exé-

cution de ladite loi et non pas comme une personne du droit privé (Cass., III, n° 647-922, J. R. 1922, p. 172, v. Hamangiu, *op. cit.*, p. 451 ; Cass., III, n° 192-928, J. R. 1928, p. 217 ; n° 528-929, P. S. 1929, p. 751 ; 27 nov. 1931, P. S. 1931, p. 220, v. Petresco, *op. cit. ibidem*).

b) L'approbation de l'adjudication d'un marché de travaux publics (le pavage d'une voie publique communale) ne constitue pas un acte administratif d'autorité car « dans ce cas là la commune ne fait autre chose que de passer un contrat relatif à un bien de son patrimoine, qu'il doit administrer et entretenir » (Cass., III, n° 1883-922, J. R. 1923, p. 13, v. Hamangiu, *op. cit.*, p. 452). Il est de même pour les marchés de fournitures « considérant que la commune est libre d'administrer son patrimoine dans les cadres de son budget approuvé par le Ministre de l'Intérieur » (Cass., III, n° 1642-925, P. S. 1926, p. 187, v. Hamangiu, *op. cit.*, p. 454, B. C. 1925, III, 513).

c) Les mesures prises par le Ministre des Domaines relativement aux biens du domaine privé de l'Etat, étant des *actes patrimoniaux*, ne peuvent pas être attaquées en contentieux administratif (Appel Bucuresti, n° 295-926, B. C. A. 1927, p. 67, v. Hamangiu, p. 456). Il en est de même pour les actes par lesquels la Caisse des forêts se comporte en propriétaire du domaine privé de l'Etat (Cass., III, n° 479-928, P. S. 1928, p. 754, v. Hamangiu, *ibidem*). L'annulation de l'adjudication d'affermage du droit de pêche dans les eaux du domaine privé de l'Etat par le Ministre des Domaines constitue un acte de gestion (Trib. Arad., n° 5333-928, C. J. 1828, p. 623, v. Hamangiu, p. 459).

d) L'annulation par l'autorité administrative d'un contrat de vente fait sur adjudication publique, constitue un acte de gestion (Cass., III, n° 479-928, J. G. 1928, p. 67). Les actes dérivant d'un rapport contractuel sont des actes de gestion (Cass., III, n° 711 du 30 juillet 1928, B. C. 1928, II, 57).

e) L'acte de renonciation à une expropriation pour cause d'utilité publique est une disposition patrimoniale présentant donc le caractère d'un acte de gestion (Cass., III, n° 479-929, P. S. 1929, p. 336, v. Hamangiu, *op. cit.*, p. 459).

Les exemples ci-dessus cités montrent suffisamment le grand défaut de la théorie d'après laquelle les actes de gestion seraient des « actes patrimoniaux » ; c'est qu'elle laisse subsister une grave confusion entre les actes faits par l'Administration en vue d'assu-

rer un service public ou bien d'aménager le *domaine public* par des travaux d'utilité publique; et les actes qu'elle passe comme un simple particulier lorsqu'elle administre les biens de son *domaine privé* ou en dispose. Or nous avons montré que l'Etat, à côté de sa personnalité privée dispose d'une puissance publique qu'il fait intervenir toujours quand il s'agit de gérer les intérêts collectifs. Ce droit de commandement, l'*impérium*, de l'Etat intervient non seulement lorsqu'il prend des mesures en vue d'assurer le respect des lois et se traduisant par des injonctions ou défenses adressées aux administrés, mais aussi lorsqu'il s'agit de satisfaire les besoins collectifs soit sous la forme des services publics soit par des travaux publics. Pour aboutir à ce but l'Etat dispose d'un ensemble de prérogatives exorbitantes, qu'un simple particulier, une personne morale de droit privé ne saurait jamais s'attribuer. Il est évident que l'Etat ne dispose de ces droits exorbitants qu'en tant que les intérêts publics sont en jeu, car au cas contraire il abuserait de son pouvoir en le détournant pour des buts qui ne répondent pas à l'utilité de tous.

Par conséquent il y aura des « actes patrimoniaux » où l'Etat n'agit pas comme un simple particulier, mais en sa qualité de puissance publique. Nous avons montré ci-dessus que cette vérité a été nettement saisie par l'auteur de la théorie des actes administratifs, M. Laferrière.

2° C'est pourquoi la Cour de Cassation (III^e section du contentieux administratif) dans une seconde phase de sa jurisprudence a fait intervenir l'idée de *puissance publique* pour donner un critérium plus précis à la théorie de la séparation des actes administratifs :

« Considérant, dit la Cour de Cassation, que la renonciation de la Commune à une expropriation définitivement arrêtée constitue un acte administratif d'autorité et non pas un acte de gestion, car ce qui caractérise l'acte de la Commune c'est qu'elle a agit, dans ce cas-là, *en sa qualité de puissance publique* et non pas comme un simple administrateur de ses biens privés. En effet pour effectuer l'expropriation c'est d'abord, l'autorité communale qui est intervenue pour déclarer l'utilité publique de l'expropriation, ensuite c'est l'autorité judiciaire, qui après avoir examiné l'accomplissement des formalités légales, a prononcé l'expropriation de l'immeuble en vue de satisfaire un intérêt public.

Que par conséquent la renonciation à l'expropriation, ne peut être aussi qu'un acte d'autorité, de même que l'expropriation qui constitue un des actes de puissance publique le mieux caractérisé, car elle a comme effet d'affecter un bien de la propriété privée à un intérêt public » (Cass., Ch. réun., n° 60 du 13 nov. 1930, *Maurice Dulberger*, B. C. 1930 ; en ce sens : Cass., III, n° 71 du 19 janv. 1931, P. S. 1931, p. 354 ; 11 janv. 1932, P. R. 1932.3.2).

3° Dans l'état actuel de sa jurisprudence, la Cour de Cassation assimile, en ce qui concerne leur recevabilité en contentieux administratif, les actes de gestion renfermant une disposition de puissance publique aux actes administratifs d'autorité. Les actes de gestion ne comprennent plus que la catégorie des *actes bilatérales de droit commun*, que l'Etat fait comme tout autre particulier (Cass., III, n° 479 du 11 mai 1928, P. S. 1928, p. 753 ; n° 632 du 14 juin 1928, P. S. 1928, p. 760). Cette jurisprudence est donc devenue conforme à la définition donnée aux actes de gestion par Laferrière et la jurisprudence française. Elle a le mérite de réduire à sa juste valeur la distinction établie par le législateur de 1925 entre les actes administratifs d'autorité et de gestion (202).

En ce qui concerne les actes administratifs d'autorité il semble que d'après ce critérium on devrait considérer comme tels toutes les émanations unilatérales de la volonté de l'administration contenues dans un acte fait par l'autorité compétente avec le respect des formalités légales, et intervenant dans n'importe quel domaine de l'activité administrative.

Ainsi la jurisprudence a attribué le caractère d'acte administratif d'autorité à l'approbation donnée par une commune à une adjudication d'un immeuble d'un domaine privé, alors que l'acte de vente est un acte de gestion (Appel Bucaresti, c. cont. adm., n° 297 du 13 juillet 1928, P. S. 1928, p. 790).

(202) De plus le législateur lui-même a abandonné aujourd'hui cette distinction : Les lois du 3 août 1929 et 3 janv. 1930 qui organisent les Comités locaux et le Comité Central de révision (organes tutélaires ayant des attributions de contentieux de pleine juridiction en tant qu'ils peuvent non seulement annuler mais aussi réformer les actes administratifs, sans cependant statuer sur les dommages et intérêts, et dont les décisions en dernière instance (du Comité Central de Révision) sont soumis après recours devant la section du contentieux de la Haute Cour de cassation (3^e Chambre, conformément à la loi du 15 juillet 1931) prévoient la recevabilité du recours devant ces autorités aussi bien contre les actes administratifs d'autorité que les actes de gestion. Ainsi le législateur est revenu sur ce point au respect du texte de la Constitution.

La portée de cette jurisprudence est vraiment très grande car elle fait disparaître l'intérêt de la distinction entre les actes administratifs d'autorité et de gestion.

En effet les actes administratifs, du moment qu'ils sont une émanation unilatérale de volonté, sont des décisions exécutoires par elles-mêmes.

C'est contre ces décisions, qui peuvent intervenir dans un rapport contractuel préalablement établi entre l'Etat et les particuliers ou bien qui sont une simple émanation de la puissance publique édictant des prescriptions générales ou individuelles en application de la loi, que le recours contentieux administratif est formulé. C'est l'acte administratif unilatéral, exécutoire, qui est la base du contentieux administratif. Cela réside justement de la différence qui existe entre la juridiction du droit commun et le contentieux administratif : « Dans les tribunaux judiciaires — dit M. Laferrière, t. I^{er}, p. 322 — toute partie peut citer directement son adversaire et exposer *de plano* au juge ses prétentions et ses griefs... Devant les tribunaux administratifs les parties ne sont pas admises *en général* (203), à citer directement l'administration et à formuler *de plano* leur réclamation contre elle. L'objet du débat contentieux est une décision préalablement prise par un administrateur et que la partie critique comme contraire à son droit. Cette décision est en quelque sorte, la matière première du débat contentieux, si elle n'existe pas il faut que la partie la provoque afin de pouvoir la décerner au juge ». Si l'administration garde le silence et refuse de prendre l'acte administratif, elle ne pourrait pour cela éluder le débat contentieux. En effet l'art. 3 de la loi du 17 juillet 1900, consacrant la jurisprudence du Conseil d'Etat, qui assimilait le silence de l'administration à une décision négative, prévoit que le silence de quatre mois sur une réclamation équivaut à une décision de refus. Le législateur roumain est encore plus catégorique quand il déclare textuellement que le recours en contentieux administratif est admis non seulement contre les décisions explicites mais aussi lorsqu'il s'agit de « la mauvaise volonté des autorités,

(203) M. Laferrière par l'expression « en général » a voulu certainement faire une réserve concernant le contentieux des dommages causés par l'activité administrative (exécution des travaux publics, etc.). Or nous verrons que dans le contentieux administratif roumain il n'existe pas un contentieux des dommages séparés du contentieux d'annulation (v. infra). C'est toujours un acte administratif qui est la base de l'action en contentieux (Appel Cernauti, 17 oct, 1931, P. S, 1932, p. 46).

de solutionner une demande concernant un droit » (art. 107 de la Constitution de 1923, art. 1^{er} de la loi du 23 décembre 1925).

Dans le système du contentieux administratif roumain c'est toujours un acte administratif, ou une décision implicite de l'administration qui forme la base de l'action en contentieux. Cet acte décision peut intervenir dans n'importe quel domaine de l'activité administrative. Dans le domaine de la gestion administrative « l'acte de puissance est toujours accompagné par un acte de gestion qu'il exécute » (v. Hauriou : Précis, 3^e éd., p. 289, Gestion adm. Paris, 1899, p. 8, note n^o 1). Eliminons de ce principe énoncé par le Doyen Hauriou l'expression « acte de gestion » et disons que l'acte d'autorité ou bien plus exactement et tout simplement *l'acte administratif*, intervient toujours lorsqu'il s'agit d'un *contrat* passé par l'Administration. Il intervient d'abord pour donner naissance au contrat : Le consentement de l'Administration est renfermé dans l'acte portant approbation de l'adjudication. Dès qu'un particulier a valablement consenti à un contrat (204) passé avec l'Administration, il n'attaquera plus que les actes unilatéraux de l'administration qui interviendraient dans l'exécution de ce contrat, pour modifier ou annuler le rapport bilatéral.

En second lieu, *l'administration dispose du privilège de l'action d'office; elle n'a jamais à prendre le rôle de demandeur; si elle constatait que le particulier avec qui elle a contracté n'a pas tenu ses engagements, elle ne s'adresse jamais aux tribunaux afin d'obtenir le respect des engagements contractés par son adversaire, ou bien pour faire résilier le contrat. Elle aura la possibilité de prendre, par des injonctions ou décisions unilatérales, des mesures contre la partie en demeure de remplir ses obligations. Si cette partie trouve que l'administration n'est pas dans son droit, qu'elle a tort, il s'adressera aux tribunaux administratifs, afin d'obtenir une satisfaction, et une réparation à raison des dommages causés par l'acte administratif abusif.*

C'est alors au tribunal administratif de vérifier si l'acte est contraire ou non aux stipulations contractuelles. Mais sans cet acte

(204) Les lois et les règlements entourent les contrats passés par l'Administration d'une série de formalités et conditions rigoureuses qui rendent dans la pratique très rare l'action en nullité des contrats administratifs et les contrats de droit privé passés par l'Administration (v. sur la nullité des contrats administratifs : G. Jèze : *Principes généraux de droit administratif*, 3^e éd., t. III^e, pp. 173-210).

administratif la machine du contentieux administratif ne peut pas marcher. Que la décision administrative soit implicite ou explicite, c'est toujours elle qui ouvre la voie du recours en contentieux. Or, il faut le répéter, cette décision administrative peut intervenir dans n'importe quel domaine de l'activité administrative (205).

Pour conclure nous considérons la distinction entre les actes administratifs d'autorité et les actes de gestion comme inutile en estimant qu'il n'y a qu'une seule catégorie d'actes administratifs : les actes administratifs purement et simplement. *L'acte administratif est celui qu'on attaque en contentieux s'il est illégal.* C'est une manifestation unilatérale et exécutoire de la volonté de l'administration. Ce qu'on désigne sous la dénomination d'actes de gestion ne sont que des contrats.

En ce qui concerne les contrats passés par l'administration il y a lieu de distinguer les contrats de droit public (*contrats administratifs*) et les contrats de droit privé. Cette distinction présente une importance primordiale, car elle indique les régimes juridiques différents auxquels ils sont soumis.

Il en résulte que le contentieux de l'interprétation et de l'exécution des contrats de travaux publics en Roumanie, faute d'une loi attributive, doit être considéré comme administratif par nature pour les considérations suivantes :

1° *Les actes administratifs qui interviennent lors de l'exécution des travaux publics ne peuvent être examinés que par les tribunaux* (206).

(205) Prenons par exemple un contrat d'entreprise de travaux publics. L'Administration constate que l'entrepreneur n'a pas exécuté les travaux dans le délai prévu. Elle déclarera purement et simplement la mise en régie de l'entreprise ou prononcera la résiliation sans le demander aux tribunaux (v. infra, le chapitre sur la résiliation administrative du contrat d'entreprise).

(206) La question qui se pose est de savoir si le particulier (entrepreneur ou concessionnaire) ne pourrait faire écarter purement et simplement l'acte administratif qui lèse par *l'exception d'illégalité*, invoquée devant l'instance de droit commun. En France, l'exception d'illégalité ne peut être invoquée qu'à propos des règlements de police, l'examen des actes administratifs relevant souverainement de la justice administrative. Elle dérive de l'art. 471, n° 15 du Code pénal, qui dit : (art. 471) « Sont punis d'amende... » : N° 15 : « Ceux qui auront contrevenu aux règlements légalement faits par l'autorité administrative. » Saisi d'une poursuite dirigée contre un individu contrevenant aux dispositions d'un règlement de police, le juge (de simple police ou de police correctionnelle) avant de prononcer les sanctions, apprécie la légalité du règlement en question, pouvant refuser de l'appliquer s'il est illégal « à moins cependant qu'il ne préfère ren-

2° *Les contrats de travaux publics étant des contrats administratifs, ils échappent de plein droit à la compétence des tribunaux*

voyer spontanément à la juridiction administrative par question préjudicielle » (v. Hauriou : *Précis*, 2^e éd., p. 464 ; Cass., 9 nov. 1921 et 14 févr. 1922, S. 1922.1.241 et la note de M. Duguit ; Trib. des Confl., 16 juin 1923, S. 1923.3.49, *Septfonds*, et la note de M. Hauriou ; v. Achille Mestre : *Recherche sur l'exception d'illégalité* (Revista de Dr. Publ., Bucarest, 1929, pp. 5-31) ; Reglade : *L'exception de l'illégalité en France* (R. D. P., 1923, pp. 409 et suiv.) ; Dareste : *Les voies de recours contre les actes de puissance publique*, Paris, 1914, p. 146 ; Rives : *L'exception d'illégalité*, thèse, Paris, 1908). En Roumanie, par contre, les tribunaux judiciaires avaient le droit d'apprécier la légalité des actes administratifs, tant individuels que réglementaires, et d'admettre l'exception d'illégalité. Cependant si l'exception d'illégalité ainsi élargie sur les actes administratifs individuels avait été prévue par l'art. 35 lettre d) de la loi du 17 février 1912 sur l'organisation de la Cour de cassation, comme un système de contentieux administratif, par contre les lois postérieures de 1925, 1929 et 1930 (et spécialement de la loi du 20 déc. 1925 sur l'organisation de la Cour de cassation) qui ont organisé le système de contentieux administratif actuellement en vigueur, ne prévoient plus le droit des tribunaux de se prononcer par voie d'exception sur les actes administratifs. La raison qui a déterminé le législateur de 1925 à abandonner l'exception d'illégalité réside dans le changement du système du contentieux administratif. En effet sous le régime de la loi du 17 févr. 1912, l'instance unique du contentieux administratif était la Cour de cassation, qui saisie par le recours d'un particulier lésé par un acte administratif, n'avait pas le droit d'annuler l'acte entaché de vice, mais seulement de le déclarer illégal et d'inviter les autorités compétentes à revenir sur la décision en question. Afin que la décision de la Cour de cassation ne soit pas purement platonique, un système de dommages-intérêts comminatoires avait été prévu pour les cas où l'Administration se montrerait récalcitrante. A côté de ce système de contentieux de l'illégalité par voie d'action, confié à la 3^e Chambre de la Cour de cassation, l'art. 385 et 35 de la même loi prévoit le contrôle de la légalité des actes administratifs par voie d'exception élevée devant les tribunaux ordinaires. Ce système du contentieux administratif était calqué sur le système anglo-américain des injonctions adressées à l'Administration par les tribunaux judiciaires (writs of mandamus, writ of peremptory mandamus) (v. Jacquelin : *Cours de dr. adm. Doctorat*, 1927-28, pp. 176 et suiv.) et sur le système belge (art. 107 de la Constitution de 1831) de l'exception d'illégalité qui tient lieu de tout contentieux administratif. Ces principes dominèrent le contentieux administratif roumain avant 1925. Par contre la loi du 23 déc. 1925 organisant un contentieux d'annulation et de pleine juridiction et de plus les lois de 1929 et 1930 ont introduit dans le droit public roumain le recours pour excès de pouvoir complété par un contentieux de la réforme des actes administratifs, confié à des organes tutélaires ayant des attributions contentieuses. Donc le système du contentieux administratif roumain se rapproche de plus en plus du système français. Par conséquent il était inutile de maintenir à côté de ce système efficace l'exception d'illégalité. Néanmoins M. Rarincesco croit encore que l'exception d'illégalité existe toujours en Roumanie, tant à propos des actes administratifs individuels que pour les règlements (*op. cit.*, p. 71) : « Il est évident — dit M. Rarincesco — que dans le système roumain où la juridiction administrative de droit commun appartient aux tribunaux civils, ces instances ont le droit d'apprécier de cette manière la légalité des actes administratifs, tant réglementaires qu'individuels, bien entendu en exceptant les actes

ordinaires, qui appliquent le droit commun. Or le droit commun ne règle que les rapports entre les particuliers ; il ne peut comporter

administratifs qui par leur nature sont soustraits à tout recours en contentieux ou bien qui sont susceptibles seulement d'un recours direct. » Nous ne pouvons nous rallier à cette opinion : 1° D'abord parceque, comme M. Rarinesco le remarque d'ailleurs, aucun texte de loi ne prévoit l'exception d'illégalité. L'auteur cité croit cependant que l'exception d'illégalité dérive des principes du droit ; 2° Même en admettant la possibilité du contentieux d'illégalité (par voie d'action ou d'exception) ce moyen ne peut donner la même satisfaction qu'un recours en contentieux administratif. En effet, s'il s'agit d'une exception, il faut que le particulier lésé ait la qualité de défendeur, ce qui arrive très rarement dans les procès avec l'Administration. Au contraire s'il s'agit d'une action en illégalité (v. Rarinesco, *op. cit.*, p. 68) le résultat de cette action sera purement platonique, car les tribunaux judiciaires sont démunis de tout moyen pour forcer l'Administration à se soumettre au jugement prononcé contre elle. En effet les tribunaux judiciaires n'ont pas la possibilité de condamner l'Administration à des dommages-intérêts comminatoires ; c'est un attribut souverain des instances du contentieux administratif (Appel Bucarest, 11 déc., n° 21/1924, *B. C. A.* 1924, p. 40 ; Cass., 3 déc. n° 3194/1928, *C. J.* 1928, p. 51 ; cf. Hamangiu, *op. cit.*, pp. 956-957 ; art. 6 et 7 de la loi du 23 déc. 1925) ; 3° Il est complètement inutile de maintenir une voie parallèle au système du contentieux administratif ainsi qu'il est organisé à l'heure actuelle ; 4° Le principe de la séparation des pouvoirs ainsi qu'il résulte du titre III (art. 33-108) de la Constitution, et des art. 108 et 109 du Code Pénal (cf. art. 127 et 128 C. p. fr.) qui en prévoient les sanctions, interdit aux juges d'empiéter sur l'administration : art. 108, C. p. roumain : « Seront frappés de la dégradation civique : ...Les juges... qui dépasseraient leur compétence et mettraient une entrave à l'exécution des ordres émanant de l'Administration... ou qui continueraient à statuer malgré l'élévation d'un conflit de la part de l'Administration. » Or il est évident qu'en statuant sur la légalité des actes administratifs et en écartant leur application, les juges de droit commun arrêtent l'exécution de ces actes, et empiètent sur la compétence des instances du contentieux administratif. Le conflit peut donc être élevé lorsque les instances judiciaires statueront sur la légalité des actes administratifs, en dehors du cas visé par l'art. 385 alinéa 6 du Code pénal roum. (cf. art. 471, n° 15, *C. P. Fr.*). En effet la procédure de conflit de juridiction est prévue par l'art. 28 de la loi sur l'organisation de la Cour de Cassation du 20 décembre 1925, le règlement des conflits appartenant en dernier ressort à la Cour de Cassation. Pour conclure, nous considérons que l'action ou exception d'illégalité est contraire au principe de la séparation des pouvoirs. En ce qui concerne l'opinion de M. Rarinesco, suivant lequel le contentieux administratif de droit commun appartient dans le droit roumain aux tribunaux civils nous remarquerons que, toujours conformément au principe de la séparation des pouvoirs il ne serait pas possible qu'un tribunal de droit commun se prononçât sur les litiges où l'Administration, agissant en sa qualité de puissance publique serait partie. De plus, l'art. 103 de la Constitution, organisant le contentieux administratif roumain, l'avait confié aux instances qui, à côté de leur compétence de droit commun, avaient reçu une compétence de droit administratif (les Cours d'Appel et la Cour de Cassation). Ces instances sont le plus en mesure de statuer sur les questions administratives qui n'ont pas été expressément attribuées par la loi au contentieux administratif, car, tout en faisant partie du pouvoir judiciaire, elles ont une compétence spéciale et administrative. C'est pour-

les droits exorbitants qui sont inhérents à la notion de puissance publique exercée dans le but de satisfaire un intérêt général (207).

3° Le contentieux administratif a été institué pour faire respecter le principe de la séparation des pouvoirs, il doit donc comprendre tous les litiges auxquels l'activité administrative, en tant que manifestation de puissance publique, peuvent donner lieu. C'est en dernière analyse la conception contentieuse qui doit dominer le droit administratif.

La question qui se pose maintenant est celle de savoir devant quels juges administratifs devraient être introduits les recours contre les actes administratifs ? Devant les Cours d'appel qui sont les premières instances du contentieux administratif, ou bien devant les Comités locaux de revision, institués par les lois du 3 août 1929 et 3 janvier 1930.

Nous avons dit que la loi sur la décentralisation administrative du 3 août 1929 et la loi spéciale du 3 janvier 1930 ont institué à côté des organes du contentieux administratif visés par la loi du 23 décembre 1925 (les Cours d'appel en première instance et la 3^e section de la Cour de cassation en appel) des organes tutélaires régionaux nommés « Comités locaux de révision » qui sont soumis hiérarchiquement à un « Comité central de révision ». Ils ont une double compétence :

1° En matière de contrôle administratif ils surveillent les organes administratifs locaux autonomes et exercent la tutelle administrative sur les communes et départements (art. 42 de la loi du 3 janv. 1930, § a et b ; art. 323, 324, 327, etc. de la loi du 3 août 1929). Ils constituent encore des instances de conciliation en matière de litiges survenus entre les administrations locales (art. 42, § c ; art. 569 des mêmes lois). Ils donnent des avis sur les questions qui leur sont soumises à cet effet par la loi du 3 août 1929 (art. 42, § e de la loi du 3 janv. 1930). Ils contrôlent également l'action des agents du

quoï nous croyons qu'il faut leur reconnaître la qualité d'instances du contentieux administratif de droit commun.

(207) Les contrats administratifs échappent de plein droit à la compétence des tribunaux ordinaires en vertu du principe de la séparation des pouvoirs. (Laferrière, I, 604) : « Ces contrats ne sont pas des actes de gestion... mais de véritables actes de puissance publique auxquels s'ajoute un élément contractuel. Ainsi, ces sortes de contrats excèdent-ils les facultés que le droit privé reconnaît aux citoyens, ils ne peuvent se réaliser qu'avec le concours de l'autorité publique, et en vertu des pouvoirs dont elle dispose, ils ne relèvent que du droit administratif et de la juridiction administrative. »

pouvoir central envers les autorités locales autonomes, veillant à ce que la décentralisation soit respectée. De même, ils sont institués comme première instance pour la vérification et le jugement des comptes de la gestion administrative locale, ayant au dessus d'elles, comme instance d'appel, la Cour de comptes (art. 503 et 504 de la loi du 3 août 1929).

2. En matière du contentieux administratif, les Comités locaux de révision, et le Comité central, quoique organes délibératifs par leur nature, ont la compétence suivante, selon les art. 361-364 de la loi du 3 août 1929 et l'art. 42, § d de la loi du 3 janvier 1930 :

Les personnes lésées par les actes ou délibérations des organes de l'Administration locale et autonome, ou par le refus de ceux-ci de faire un acte ou d'accomplir un service dû, auront à côté des actions devant les instances de droit commun ou de contentieux administratif les voies suivantes de recours :

Elles peuvent porter leurs plaintes devant l'autorité tutélaire supérieure, ayant toujours le droit de faire un appel aux comités local ou central de révision suivant leur compétence.

Elles peuvent saisir directement le comité local de révision ou le comité central en vue d'arriver à la révision ou réforme de l'acte ou délibération attaqué, de même qu'à l'exécution de l'acte ou à l'accomplissement du service dû (art. 361).

La réclamation portée devant les autorités tutélaires supérieures de même que l'action intentée devant les comités peuvent être motivées par :

- 1° Illégalité des actes ou délibérations ;
- 2° Abus de pouvoir ou négligence des organes d'exécution ;
- 3° Refus de la part de ceux-ci de faire un acte ou accomplir un service dû (art. 362).

Le Comité local ou le Comité central de révision saisis par les organes de contrôle ou par les particuliers lésés peuvent prendre les décisions suivantes :

- 1° Rejet de la requête comme mal fondée ;
- 2° Abrogation des actes, délibérations ou dispositions attaqués, avec injonction éventuelle adressée aux autorités compétentes de les remplacer avec des actes, délibérations ou dispositions faits conformément aux indications données ;
- 3° Injonction adressée à l'organe administratif compétent de faire l'acte ou d'accomplir un service.

4° Dans les cas ci-dessus énumérés, le comité local et le comité central de révision peuvent se subroger aux autorités dont les délibérations ou dispositions sont attaquées, en introduisant dans ces décisions ou dispositions les modifications qu'il croiraient nécessaires, ou bien même les remplacer par d'autres actes conformes aux prescriptions de la loi.

Telles décisions ne peuvent néanmoins être prises que dans le cas où les délibérations ou dispositions en question, ou leur modifications, ne regardent que les personnes en cause et lorsque le comité local, ou le comité central de révision estime que toutes les circonstances sont entièrement éclaircies, la solution à donner n'étant que la suite des dispositions légales incontestables (art. 363).

Contre toutes les décisions des comités locaux ou du comité central de révision, donnés en instance de révision et de réforme des actes et délibérations des autorités locales autonomes, tant les organes de contrôle et surveillance que les parties intéressées ont une voie ouverte à leur disposition : le recours contentieux administratif (art. 364).

Il résulte des textes ci-dessus cités que la loi du 3 août 1929 ne touche pas au système du contentieux administratif en vigueur qui reste soumis aux dispositions de la loi du 23 décembre 1925, mais se borne simplement à adapter le recours hiérarchique à une organisation administrative décentralisée.

Son mérite incontestable est d'avoir organisé pour la première fois en Roumanie d'une manière si générale le contentieux de pleine juridiction (203) en tant que les comités de révision peuvent non

(208) Le contentieux de pleine juridiction est celui qui permet à l'instance du contentieux non seulement d'annuler l'acte administratif entaché de vices, mais aussi de le refaire et en plus de prononcer contre l'administration des condamnations tendant à la réparation pécuniaire des préjudices qu'elle a causés (v. Jacquelin : *Cours de dr. adm. ; Doct.* Paris, 1927-28 p. 341). Or, le système du contentieux administratif roumain, confié à des instances judiciaires (les Cours d'Appel et la III^e Chambre de la Cour de Cassation), ne permet pas l'organisation dans ses cadres, d'un contentieux de réforme. En effet, ces instances, appartenant au pouvoir judiciaire, ne peuvent pas refaire l'acte administratif en se substituant à l'administration, sans faire échec au principe de la séparation des pouvoirs. C'est pourquoi le législateur roumain a séparément organisé par des lois spéciales, cette branche du contentieux administratif, en la confiant à des commissions administratives qui statuent souverainement sur différentes matières non susceptibles, par leur nature, d'être incorporées dans un contentieux uniquement d'annulation. En effet, la nécessité des décisions promptes, demande à l'administration de trouver elle-même les solutions qui permettent

seulement annuler l'acte administratif entaché de vices, mais aussi le réformer, sans cependant pouvoir statuer aussi sur les dommages et intérêts. C'est justement le grand avantage d'un contentieux administratif attribué à des corps administratifs ; ils peuvent se substituer à l'auteur de l'acte entaché et le refaire. Par cela, l'administré obtient une satisfaction immédiate et plus directe. Au contraire, dans un système de contentieux administratif placé dans les cadres du pouvoir judiciaire, le juge n'a pas évidemment la possibilité de réformer l'acte entaché de vices. Il invite seulement l'autorité administrative à le refaire. Or l'Administration peut très bien persister et donner une nouvelle décision identique. Le refus d'une autorité administrative de se soumettre à une décision judiciaire ne peut pas être attaqué en contentieux (Cass., III, déc., n° 227 du 7 mars 1928, P. S. 1928, p. 522 ; v. aussi la note de M. G. Alexiano dans P. R. 1926.I.240). Si le juge du contentieux administratif n'avait pas de moyen de contrainte contre l'Administration, tout contentieux administratif serait vain et sans effet. C'est pourquoi la loi du 23 décembre 1929, institue un système d'astreintes qui aboutit pratiquement à amener l'Administration à tenir compte du jugement prononcé contre elle. Ainsi d'après l'art. 7 de la loi du 23 décembre 1925 et l'art. 63, alinéa 3, de la loi organique de la Cour de cassation du 20 décembre 1925, la partie qui a obtenu un jugement contre l'administration notifiera cette décision par huissiers au chef de l'Administration en question, et si dans un délai de 15 jours à partir de la notification aucune suite n'est donnée à la décision de l'instance judiciaire, il saisira par une simple demande la Chambre de Conseil qui condamnera l'administration à payer des dommages-intérêts comminatoires d'au moins de 500 francs pour chaque jour de retard.

La conciliation, dans une forme contentieuse, des intérêts en conflit de l'administration et de l'administré. Ainsi, la loi du 23 février 1923 sur les contributions directes, la loi du 25 décembre 1929 en matière de contributions indirectes, organisent des commissions administratives ayant des attributions contentieuses, qui statuent en première instance et en appel et sur les recours contre les procès-verbaux d'imposition. La loi du 24 avril 1877 et la loi du 12 juillet 1913 sur les réquisitions militaires, organisent également des commissions administratives qui connaîtront les réclamations et fixeront le montant des indemnités dues. La loi du 28 juillet 1921 sur l'expropriation pour cause d'utilité nationale institue des commissions mixtes et un Comité central pour juger les contestations relatives à la réforme agraire, etc. La loi du 3 août 1929 vient de généraliser le contentieux de pleine juridiction et l'étendre en dehors des cas expressément prévus par les lois dont nous avons donné quelques exemples.

En second lieu, un contentieux administratif attribué à un collège administratif présente encore les avantages suivants : 1° Il permet d'organiser le recours pour excès de pouvoir, *gracieux par sa nature*, qui garantit non seulement les droits (209), mais aussi les simples intérêts. 2° De plus les jugements rendus par les tribunaux administratifs ont une autorité « *erga omnes* », car ces tribunaux, en statuant sur les recours se comportent en vrais supérieurs hiérarchiques de l'administration (210).

(209) Dans le système roumain du contentieux administratif en vigueur, le recours en annulation de l'acte administratif entaché de vices, n'est recevable que si cet acte lèse un *droit*. Sous ce point, et d'autres encore, le législateur roumain a organisé le recours en contentieux administratif à l'instar d'une action devant les tribunaux ordinaires. (V. Rarinesco, *op. cit.*, p. 480). Or, en droit public, la lésion d'un simple intérêt par un acte vicié peut être aussi préjudiciable que la lésion d'un droit. De plus, le recours en annulation, tendant à faire respecter par l'administration la légalité devrait être largement ouvert. C'est pourquoi en France, la lésion d'un simple intérêt est une condition à la fois nécessaire et suffisante de l'ouverture d'un recours pour excès de pouvoir. *Nécessaire* : pour écarter les requérants peu sérieux, et *suffisant* : pour donner aux particuliers un moyen pratique de réagir contre l'arbitraire de l'administration, par un recours à la portée de tous. La 3^e Chambre de la Cour de Cassation roumaine, par une heureuse et large interprétation de la notion des *droits*, est arrivée à les assimiler avec les simples intérêts. Ainsi elle a déclaré le recours admissible lorsqu'il s'agit d'un *droit éventuel* (déc. n° 160 du 21 janv. 1925, *P. R.* 1925.3.36), d'un *intérêt direct et personnel* (déc. n° 416 du 24 nov. 1920, *P. R.* 1922.1.26, avec une note de M. E. Antonesco ; n° 503 du 22 déc. 1922, *P. R.* 1922.1.298, avec la note de M. J. Radu ; v. aussi le rapport de la loi du 23 déc. 1925, présenté devant la Chambre des députés par M. M. Djuvara, qui approuve cette jurisprudence ; Appel Cernauti, 18 nov. 1926, *P. S.* 1926, p. 883 ; Cass., III, déc. n° 387, 931, *P. S.* 1931, p. 608), et même d'un *simple intérêt* (Cass., III, déc. n° 697, du 5 avril 1923, *P. R.* 1923.1.101, et la note de M. A. Teodoresco) (Cf. Rarinesco, *op. cit.*, pp. 478-484). La loi du 3 août 1929, qui organise les Comités de revision, abandonne dans son art. 361 la limitation du recours en annulation, ainsi qu'il est prévu par l'art. premier de la loi du 23 déc. 1925, et permet l'introduction de l'action non seulement lorsqu'il s'agit d'un droit violé, mais d'un simple intérêt.

(210) Ils ne sont pas liés comme les tribunaux judiciaires par l'*autorité relative de la chose jugée* (art. 5 et 1351 C. civ. fr. ; art. 4 et 1202 C. civ. roum.), qui défend aux juges de prononcer par voie de dispositions générales et réglementaires sur les causes qui leurs sont soumises et établit le principe renfermé dans l'adage « *Res inter alios judicata aliis nec nocet, nec prodest* ». Le système du contentieux administratif roumain étant pénétré de la conception du droit privé, a adopté ce principe et l'a transplanté dans le domaine du droit public. M. Rarinesco (*op. cit.*, p. 215), critique vivement cette conception qui, loin d'être le résultat d'une inadvertance législative, est une idée fondamentale du droit public roumain, qu'on la retrouve dans l'art. 103 de la Constitution manie un tel système ne saurait pas être adopté sans aboutir préalablement à

Mais il y avait aussi des considérations d'ordre pratique et qui dérivait du système de décentralisation administrative organisé par la loi du 3 août 1929. En effet, avant cette loi une centralisation excessive régnait en Roumanie et les Ministres ont été littéralement

d'après lequel, lorsque la Cour de Cassation statue sur la question de l'inconstitutionnalité des lois, ses décisions n'auront d'effet qu'entre les parties. Or, dit M. Rarinesco, tant l'inconstitutionnalité de la loi que le recours en annulation, sont des voies ouvertes contre une série d'actes de la puissance publique, par lesquels elle intervient pour créer, modifier ou supprimer une règle de *droit objectif*. Le caractère essentiel d'une règle de droit objectif est son abstraction et sa généralité ; par sa nature, elle est destinée à être appliquée à tout le monde sans exception. Il est donc impossible de concevoir qu'une telle règle, une loi, un règlement, soient appliqués à tous sauf aux requérants qui ont obtenu un jugement d'annulation, « c'est pourquoi l'autorité relative de la chose jugée appliquée dans cette matière, constitue une aberration juridique ». En concluant, M. Rarinesco constate que « le recours en annulation dans le système roumain, la légalité n'est pas contrôlée que dans la mesure où l'acte de recours, tout en appartenant au droit public, a emprunté les caractères et ses effets du droit privé. Il nous apparaît donc comme un moyen de recours subjectif, créé seulement pour protéger l'intérêt direct et personnel de l'administré et non pas, comme en France : la sanction du principe de la légalité. Dans le système roumain, la légalité n'est pas contrôlée que dans la mesure où l'acte administratif lèse les droits subjectifs des administrés, et en dehors de cette sphère, l'illégalité et l'arbitraire peuvent dominer de la manière la plus complète » (v. Rarinesco, *op. cit.*, p. 216). Ajoutons que ce système présente encore du point de vue social un inconvénient des plus désastreux : alors que le citoyen aisé et averti peut très bien arriver à faire écarter les lois et règlements qui le lèsent, les personnes humbles, moins instruites, et n'ayant pas les moyens d'engager une instance coûteuse, resteront soumises à l'arbitraire. Voilà une grave atteinte au principe de l'égalité des citoyens devant la loi. Un tel système *anti-social* ne peut être toléré dans un état comme la Roumanie qui peut à juste titre être fière de posséder une législation des plus moderne. Il semble d'ailleurs que le législateur de 1925 s'est rendu lui-même compte de ces nombreux inconvénients, car la loi du 22 décembre 1925 sur le contentieux administratif et la loi organique de la Cour de Cassation du 20 décembre 1925 ne reproduisent plus la disposition insérée dans la loi organique de la Cour de Cassation du 17 février 1912 (art. 63, alinéa final) selon lequel « les décisions de la Cour de Cassation données en matière administrative n'ont pas d'effet qu'entre les parties ». M. Rarinesco en déduit que le principe de la relativité de la chose jugée ne doit plus s'appliquer dans le contentieux administratif. En dehors de cet argument de texte, M. Rarinesco montre qu'en 1912, il n'existait pas, en Roumanie, de contentieux d'annulation. Or, l'annulation d'un acte administratif ne peut être conçu sans que sa nullité soit déclarée à l'égard de tous. M. Alexiano (v. la note jurisprudentielle au *P. R.* 1928.1.179), croit que l'autorité relative de la chose jugée est dans notre matière la suite normale de l'organisation du contentieux administratif roumain dans le cadre du pouvoir judiciaire. Pour admettre le contraire il aurait fallu organiser des tribunaux administratifs selon le modèle français. Le Conseil d'Etat français, héritier de l'ancien Conseil du Roi, se comporte en vrai supérieur hiérarchique de l'administration, or en Rou-

débordés par les demandes gracieuses, ou contentieuses. Les particuliers lésés par l'Administration ne se sont que rarement servis du recours en contentieux pour les motifs : 1° que la voie contentieuse était trop judiciaire, trop lente et trop procédurale ; 2° parce que cette voie de recours ne garantissait l'administré contre les abus des autorités administratives que s'il pouvait démontrer un droit violé. Les simples intérêts, dont la violation pouvait être aussi préjudiciable pour l'administré, n'étaient pas suffisants pour pouvoir demander satisfaction en contentieux administratif. Le législateur roumain de 1929 a donc décentralisé le recours hiérarchique, en le mettant à la portée de tous (la procédure devant les Comités est gratuite). Il a organisé à cet effet des collèges administratifs régionaux, qui peuvent non seulement annuler l'acte administratif mais aussi le refaire, et qui de plus protègent même les simples intérêts des administrés.

Voilà donc toute une série d'avantages que le législateur roumain de 1929-1931 devait avoir devant ses yeux lorsqu'il a créé les comités de revision.

Néanmoins, les textes peu clairs et la rédaction défectueuse des dispositions relatives aux comités de revision, insérés dans la loi du 3 août 1929, ont donné lieu à de nombreuses difficultés, et à une vive critique de la doctrine. De plus, cette loi a été l'objet d'un avis défavorable du Conseil législatif roumain, qui, s'appuyant sur les art. 101 et 117 de la Constitution, a déclaré son inconstitutionnalité.

Laissons de côté la question de l'inconstitutionnalité qui depuis longtemps accompagne toutes les lois qui organisèrent un contentieux administratif en Roumanie (v. *infra*) et examinons les différentes insuffisances de la loi du 3 août 1929 ;

1° L'article 363 au n° 4, prévoit que les comités de revision ne peuvent connaître que les actes individuels, et non pas un acte administratif ayant un caractère général, un règlement par exem-

une meilleure conception de la séparation des pouvoirs, et sans adopter une séparation des fonctions. M. Rarincesco a prévu cette objection en la repoussant d'avance à la suite de son argumentation : le caractère relatif ou absolu de la chose jugée n'est point attaché au système de l'organisation des instances, mais aux *matières* dans lesquelles il s'applique. Même les instances judiciaires, dans certaines matières, prononcent des décisions dont l'effet est *erga omnes*. Il est ainsi, par exemple, en matière questions d'état (filiation, mariage, etc.), la nullité des statuts d'une société ou association, etc. Pour conclure, M. Rarincesco, se ralliant à l'opinion de M. Jèze (*Principes gén. de dr. adm.*, 1925, t. I^{er}, p. 259) et celle de M. Duguit (*Traité de dr. const.*, 2^e éd., t. II^e, p. 347), considère l'autorité absolue de la chose jugée comme un principe fondamental du droit public.

ple. Cette nouvelle distinction des actes administratifs est tout à fait critiquable, n'ayant aucune base scientifique, et étant contraire à l'esprit de la loi du 23 août 1929, qui a largement ouvert le recours devant les comités de revision, en abandonnant la distinction entre les actes administratifs d'autorité et de gestion (v. Paul Negulesco, Romul Boila, Gh. Alexiano : *Codul Administrativ adnotat*, Buc., 1930, Legea, din 3 Aug. 1929, art. 363).

2° Nous avons vu que l'art. 364 de la loi du 3 août 1929 prévoit une voie contentieuse contre les décisions des comités locaux et le comité central de revision, rendues en instance d'annulation et de réforme. La question qui se pose est donc de savoir quelle est la nature juridique des décisions rendues par les comités de révision? Sont-elles des actes administratifs, ou bien des actes juridictionnels?

Dans la première hypothèse, le recours contentieux administratif serait ouvert devant les Cours d'appel qui sont, d'après la loi du 23 décembre 1925, les juges de première instance du contentieux administratif.

Si on en acceptait la seconde, il en résulterait que le législateur a employé par inadvertance l'expression de « recours en contentieux administratif » pour désigner le recours directement porté devant la 3^e Section (du contentieux administratif) de la Cour de cassation, instance d'appel et de cassation du contentieux administratif.

MM. Negulesco, Boila et Alexiano (*Codul adm. adnotat*, L. din 3 Aug. 1929, art. 364) croient que le législateur, par cette disposition peu claire, a visé le recours direct devant la 3^e Section de la Cour de cassation, car l'avant-projet de la loi du 3 août 1929 le prévoyait expressément et parce qu'il serait impossible d'admettre l'existence d'une juridiction à 4 degrés. La loi du 3 janvier 1930, qui organisa les comités de revision, n'a apporté sur cette question aucun éclaircissement, malgré qu'elle organise la procédure du recours devant ces instances. C'est seulement deux ans plus tard que la loi du 15 juillet 1931 sur la modification de la loi du 3 août 1929, a tranché la controverse (211) en déclarant textuellement que les décisions des comités de revision seront portées en appel et en

(211) La Cour de cassation par une série d'arrêts (n° 1149 de la 3^e Chambre, du 9 juillet 1931, *P. S.* 1931, p. 572 ; 11 nov. 1931, Complet de divergence, *P. S.* 1932), a conséquemment décidé que les Comités de revision ne sont pas des organes du contentieux administratif, mais des organes administratifs de contrôle hiérarchique, donc les actes qui en émanent sont des actes administratifs susceptibles d'être soumis au contrôle des instances du contentieux administratif.

Cassation devant la 3^e Chambre de la Haute-Cour de Justice et Cassation.

Il en résulte que les décisions des comités locaux de revision, qui ont la compétence territoriale des directorats régionaux, organes de décentralisation administrative créés par la loi du 3 août 1929, sont soumises en appel au comité central de revision de Bucarest et en dernier ressort devant la 3^e Chambre de la Cour de cassation. Le comité central de revision est encore une instance de premier degré pour les affaires tutélaires de la municipalité de Bucarest et du département d'Ilfov, sauf appel et recours devant la 3^e Chambre de la Cour de cassation (v. Emil Deciu : *Justitia administrativa*, Cluj, 1933, p. 38). Enfin, dans certains cas prévus par l'art. 44 de la loi du 15 juillet 1931 (notamment les recours contre les délibérations des communes rurales et urbaines) les comités locaux statuent en premier et dernier ressort (Com. Centr. de Rév., déc., n° 239-1930 ; cf. E. Deciu, *op. cit.*, p. 177).

Les recours devant les comités de revision sont largement ouverts par une heureuse interprétation de l'art. 361 de la loi du 3 août 1929 (v. *supra*) permettant l'introduction des demandes même lorsqu'il s'agit d'un simple intérêt lésé (cf. E. Deciu, *op. cit.*, p. 16 : Com. Centr. de Rév., déc., n° 15-1930, solution indirecte, publiée par l'auteur cité, p. 179). La procédure devant les comités de revision *est gratuite*. Les décisions ont effet *erga omnes*, car les comités de revision sont des instances tutélaires qui ont la possibilité de se subroger à l'Administration active et refaire les actes illégaux. Le fait que les comités de revision ont été placés sous le contrôle de la Cour de cassation, ne leur enlève pas leur caractère administratif, seulement cette situation bizarre s'explique par le fameux art. 107 de la Constitution qui interdit la création des tribunaux administratifs. On a donc rendu hommage à ce texte anachronique qui a causé beaucoup d'ennuis au législateur roumain, et dont l'élimination lors d'une prochaine modification de la Constitution serait très salutaire (212).

(212) On sait que l'origine de l'art. 107 de la Constitution de 1923 est la réaction du législateur contre le régime du coup d'Etat inauguré par le Prince Couza. Il a visé le Conseil d'Etat qui, en tant que Conseil législatif, fut le collaborateur intime du Prince Couza et l'usurpateur des attributions des Corps législatifs. Nous avons vu que la majorité de la doctrine est aujourd'hui d'accord pour donner cette explication à l'art. 131 de la Constitution de 1861 qui supprima le Conseil d'Etat (v. *supra*). L'art. 130 de la Constitution de 1884 transforme

Donc le contentieux administratif créé par la loi du 3 août 1929 est un contentieux d'annulation et de réforme qui peut être comparé avec le recours pour excès de pouvoir français, sauf que le Conseil d'Etat statue en cette qualité en première et dernière ins-

l'art. 131 de la Constitution de 1861 en une disposition prohibitive plus générale : « Des autorités spéciales ayant des attributions de contentieux administratif ne peuvent être établies. » L'art. 107 de la Constitution de 1923 maintient cette interdiction. Il est curieux de constater que, depuis, le législateur a oublié ses rancunes à l'égard d'un Conseil ayant des attributions pour préparer les projets de loi : la preuve en est dans l'art. 76 de la Constitution de 1923 créant le Conseil Législatif Roumain. Seulement l'interdiction relative au contentieux administratif subsiste toujours. De plus on a érigé le texte prohibitif des Constitutions de 1861, 1884 et 1923 en principe de la séparation des pouvoirs. Ce texte est toujours rappelé lorsqu'il s'agit de créer ou de réformer le contentieux administratif roumain. A cause de la malheureuse disposition de l'art. 107 de la Constitution, la Roumanie n'avait pas un contentieux administratif entre les années 1861-1905. Le Ministre de la Justice, M. A. Badarau, en présentant à la Chambre le projet qui devint la loi du 1^{er} juillet 1905 — qui créant pour la première fois en Roumanie un contentieux administratif — constate que les abus de l'Administration dans les derniers temps ont pris de telles proportions que les droits des administrés ont été littéralement abandonnés à la discrétion des agents administratifs (v. les débats parlementaires dans l'édition officielle de la loi du 1^{er} juillet 1905). L'utilité du projet était donc indiscutable. Mais il restait toujours l'art. 130 de la Constitution de 1884, le mauvais génie du droit public roumain ! Aussi l'opposition s'en est saisie en formulant des critiques fondées sur les deux chefs désormais classiques dans le droit roumain : 1° Une instance qui s'occuperait spécialement et exclusivement du contentieux administratif — dans l'espèce la 3^e Chambre de la Cour de cassation — serait un tribunal administratif, dans le sens prohibitif de l'art. 130 ; 2° La création d'un tribunal administratif serait une violation du principe de la séparation des pouvoirs. Le Gouvernement repousse ces critiques, disant : 1° La 3^e Chambre de la Cour de cassation, dite « section administrative », n'est pas un tribunal administratif. On a créé cette Chambre pour décongestionner les deux autres sections de la Haute Cour. La compétence donnée à la Cour de cassation par l'art. 5 de la loi (contentieux d'annulation) est judiciaire pour plusieurs motifs : a) La 3^e Chambre fait partie du pouvoir judiciaire ; b) Ses membres sont inamovibles ; c) Ses débats sont contradictoires ; d) Les magistrats jugent d'après la procédure judiciaire ; e) Ses décisions sont motivées et les débats publics ; f) Les sentences n'ont d'effet qu'entre les parties ; 2° On a inauguré le régime des abus en se retranchant derrière le principe de la séparation des pouvoirs. Au nom de ce principe les tribunaux judiciaires ne peuvent connaître les recours contre les abus du pouvoir exécutif. Ces recours ne peuvent être portés devant les tribunaux administratifs, car l'art. 130 interdit la création de ces tribunaux. Conséquences : Le citoyen lésé n'a aucun moyen pour se défendre, sauf de recourir aux réclamations, interpellations, réunions publiques, action par la voie de presse, voire même à l'extrême solution d'une révolution (v. Mémoire de D. Dissecu, Débats parlementaires). L'art. 107 de la Constitution de 1923 a été encore tout récemment invoqué pour déclarer inconstitutionnelles les dispositions de la loi du 3 août 1929 qui prévoient la création des Comités de revision (v. l'avis du Conseil législatif). Néanmoins il peut être considéré aujourd'hui — dit M. Negulesco — comme aboli en pratique : « Quoi-

tance. Une autre différence par rapport au recours pour excès de pouvoir français est que les comités de revision sont des organes de tutelle, d'où il résulte : a) qu'ils peuvent se saisir d'eux-mêmes et prononcer d'office l'illégalité d'un acte administratif ; b) que

que les Constitutions roumaines condamnent le principe des tribunaux administratifs et établissent une compétence générale, pour le judiciaire, pour connaître tous les conflits qui peuvent surgir entre les particuliers et l'Administration, nous trouvons une série de lois qui organisent des instances où le particulier est jugé par l'Administration. Ainsi en matière de douanes où les contraventions et les contrebandes constatées par les agents douaniers, agents actifs de l'Administration, sont punies d'amendes dans le procès-verbal même de constat, par la direction des douanes. Il est vrai que la partie a le droit de faire appel devant les tribunaux judiciaires contre cette condamnation, mais s'il perd le délai, la condamnation administrative est définitive et il y a des cas où même ce droit d'appel n'existe pas... Pour juger les contestations à l'occasion de la grande expropriation faite après la guerre, pour donner des terres aux paysans, on a constitué des instances mixtes composées de magistrats et d'administrateurs. L'instance suprême est composée de conseillers de la Cour de cassation, de hauts fonctionnaires, sous la présidence du Ministre de l'Agriculture. Cette instance juge comme une Cour de cassation. Aucun recours n'est possible contre ses décisions. Certainement ces instances ne cadrent pas avec le principe de la séparation des pouvoirs et avec l'autre principe constitutionnel qui bannit les tribunaux administratifs, pourtant la Cour de cassation appelée à se prononcer sur la constitutionnalité de ces lois, qui organisent de parcelles instances, les a considérées comme constitutionnelles et judiciaires » (v. Paul Negulesco : *Organisation administrative Roumaine (Revista de Dr. Publ., I.183)* ; *Tratat de dr. adm. rom., 3^e éd., 1926, t. I^{er}, pp. 182 et suiv.*). Ajoutons que l'art. 115 de la Constitution crée une Cour des comptes qui est indiscutablement une juridiction administrative. Les tribunaux administratifs sont-ils contraints au principe de la séparation des pouvoirs ? Nous ne le croyons pas. Nous nous garderons de reproduire les nombreuses opinions émises sur la théorie de la séparation des pouvoirs. Depuis Montesquieu et Locke les auteurs de droit public ne cessent de la discuter, si bien que le « principe de la séparation des pouvoirs a subi dans sa signification exacte une double altération : 1° sous l'influence de l'esprit *logique*, il a été exagéré ; 2° sous l'influence de l'esprit *juriste*, il a été déformé » (v. Joseph Barthélemy et Paul Duez : *Traité de droit constitutionnel* p. 138). « Des théoriciens se sont emparés de cette règle et l'ont entourée d'un nuage difficilement pénétrable. Ils ont présenté chacun des pouvoirs comme une délégation distincte, séparée, isolée, ayant une existence en soi : chaque pouvoir serait une fraction de la souveraineté incarnée dans un organe distinct. Ces théoriciens ont voulu qu'une simple règle de bonne organisation politique corresponde à une sorte de réalité métaphysique » (v. Barthélemy-Duez, *ibidem*, p. 142). Or il s'agit avant tout de fixer une collaboration sur un terrain pratique entre les divers pouvoirs étatiques qui ne sont pas isolés. Par contre il y a une réelle interpénétration des diverses fonctions. Seulement il faut empêcher les abus. Historiquement la théorie de la séparation des pouvoirs était une arme pour lutter contre le pouvoir absolu. On voit donc que le principe de la séparation des pouvoirs a joué un rôle éminemment pratique empêchant les abus. De nos jours il est encore une précieuse garantie à la condition de l'employer avec prudence car en l'exagérant on arrive à des résultats tout à fait contraires. Il est en effet facile de s'imaginer l'anarchie qui suivrait une séparation et une isola-

leur compétence est réduite aux actes administratifs des autorités sous tutelle ; ils ne peuvent donc connaître des actes de l'Administration centrale ; ce qui est encore une infériorité sensible par rapport au système français.

tion complète des pouvoirs qui, sans cesse en conflits, paralyseraient la vie étatique. Il reste donc à notre époque à fixer une *collaboration* des pouvoirs qui réalise un parfait équilibre des diverses fonctions étatiques. Cette collaboration est inhérente à une bonne organisation politique. Les Corps législatifs seraient débordés s'ils devaient élaborer eux-mêmes les innombrables règlements des diverses administrations. L'administration à son tour serait impuissante si elle devait demander chaque fois la force exécutoire de ces décisions au pouvoir législatif, tantôt au judiciaire. Par rapport au contentieux administratif — moyen de corriger les erreurs de l'Administration — la portée de la séparation des pouvoirs s'exprime dans les formules suivantes : 1° *Interdire au pouvoir judiciaire de mettre des entraves à l'Administration et de la gêner dans son activité menée en but de satisfaire les nécessités publiques.* Défense au juge d'administrer ; 2° *Ne pas permettre aux administrateurs de s'immiscer dans les attributions du pouvoir judiciaire.* Défense à l'Administration de juger. Comment le contentieux administratif peut-il concilier ces postulats opposés ? Ad 1 : La liberté d'action de l'Administration est un principe fondamental de l'organisation étatique. Si par une supposition absurde on imaginerait un Etat où les pouvoirs judiciaires et législatifs n'existaient pas, par contre un Etat sans exécutif ne peut être considéré comme tel. La preuve nous en est fournie par la création des Etats ; la première organisation d'un Etat en formation c'est le *gouvernement de facto*, issu du sein d'un peuple armé dont on a reconnu la qualité de belligérant, ou bien par d'autres moyens qui ont manifesté sa volonté de s'organiser en Etat. Dans un Etat en formation c'est donc le gouvernement qui est le premier organe. Les autres pouvoirs viennent en suite. D'autre part même si les attributions de l'exécutif sont usurpées et exercées par le judiciaire ou le législatif il y a toujours un *pouvoir de commandement* qui est de la nature même de la souveraineté. Pour qu'un Etat existe il faut, par conséquent et avant tout, ce pouvoir de commandement unitaire qui représente la volonté nationale. En France l'exécutif n'existait avant que le pouvoir royal n'ait pas vaincu ses usurpateurs ; les seigneurs féodaux et les Parlements, avant qu'il n'ait eu la liberté d'action. C'est pourquoi l'ancien régime n'admettait pas — selon l'expression de Loysel — « mettre la Couronne au greffe » (v. Laferrière : *Traité de la jurid. adm.*, 2^e éd., t. I^{er}, p. 11). Donc le principe de la séparation des pouvoirs proclamé par la Révolution Française n'est en ce sens que le dernier accord d'une lutte acharnée pour la création d'un exécutif. La Révolution n'a pas fait autre chose que « de continuer d'une manière *raisonnée* le système *instinctif* de l'ancien régime » (v. Laferrière, *ibidem*) ; donner à l'Administration ses prérogatives naturelles en la mettant à l'abri de tout empiètement. Seulement pour garantir les citoyens contre les abus d'une Administration forte et indépendante on a perfectionné le système du contentieux administratif. En Angleterre l'exécutif jouit d'une liberté d'action générale se retranchant derrière le fameux principe « The King can do no wrong ». Pour empêcher les abus on a donné au judiciaire la possibilité d'adresser des injonctions à l'Administration sans cependant qu'il puisse la condamner. Les recours directs contre l'Administration ne sont possibles en Angleterre que par la voie gracieuse de la procédure de « *petition of rights* ». Ad 2 : Il faut avant tout préciser que le jugement des litiges administratifs ne peut être d'une manière

Pour conclure, nous considérons que le système du contentieux administratif roumain organisé par les lois du 23 décembre 1925 et du 3 août 1929, suffit à l'heure actuelle pour embrasser le contentieux

général comparé à un contentieux judiciaire. Il y a dans le contentieux administratif des questions qui par leur nature ne sont pas susceptibles d'être confiées aux tribunaux judiciaires. Il arrive souvent que la simple solution de ces litiges par les tribunaux judiciaires constitue un empiètement sur les attributions du pouvoir exécutif. Pour être plus explicite nous disons que l'Administration en jugeant ne fait pas toujours un acte de juridiction mais bien au contraire il arrive souvent qu'en jugeant elle continue d'administrer sous une forme contentieuse. Ainsi, en matière de contentieux des contributions, en examinant et réformant les procès-verbaux d'imposition. Dans le recours pour excès de pouvoir, l'instance administrative, intimement mêlée à la vie administrative et représentant la conscience juridique de l'Administration, en rendant sa décision ne fait autre chose qu'administrer ; en revenant, à l'instar d'un supérieur hiérarchique, sur les décisions administratives entachées de vices, elle continue d'administrer en contradictoire. Ainsi le recours pour excès de pouvoir nous apparaît comme l'exemple le plus typique de la juridiction administrative, et comme la fusion d'une action gracieuse et d'une action contentieuse. Il réunit les avantages des deux actions : La fréquence des réclamations portées devant les supérieurs hiérarchiques de l'Administration a nécessité une organisation *pratique*, leur transformation dans un débat contradictoire où la demande de l'administré lésé dans son droit et son intérêt ne reste pas dans un bureau, où l'on pénètre difficilement, d'un chef administratif, mais elle est organisée d'après une procédure en contradictoire et confiée à des magistrats administratifs. Si l'Administration admet la discussion de la légalité de ses mesures cela ne veut pas dire qu'il y a là une procédure judiciaire ; le recours pour excès de pouvoir en diffère sensiblement ; il garantit non seulement les droits mais aussi les intérêts de l'administré, les décisions du tribunal administratif ont l'effet *erga omnes*, pouvant même refaire l'acte entaché de vices, la procédure est gratuite, etc. Voilà donc toute une série de prérogatives dont les tribunaux judiciaires ne disposent pas. Donc les tribunaux judiciaires ne peuvent pas connaître le recours pour excès de pouvoir, et c'est une sensible infériorité par rapport aux tribunaux administratifs.

Par conséquent si l'on appliquait avec toutes les rigueurs qu'il comporte le principe de la séparation des pouvoirs, le recours pour excès de pouvoir — le plus parfait moyen de garantie des droits et intérêts individuels, un titre de gloire du droit administratif français — serait sacrifié à de vaines discussions théoriques. Il faut ainsi conclure qu'un contentieux administratif confié aux tribunaux judiciaires, statuant d'après les règles de droit commun, est tout à fait insuffisant : Le contentieux administratif dépasse les possibilités des tribunaux judiciaires. D'autre part un contentieux administratif confié à des tribunaux judiciaires soulève encore une difficulté concernant le droit à appliquer. Les tribunaux judiciaires statuent d'après les règles du droit commun. Or le droit administratif, par son caractère propre, impose au juge une conception qui s'éloigne de la rigidité des règles de droit commun. Evidemment il y a des cas où l'Administration peut être soumise à ces règles, lorsque par exemple elle n'agit pas en sa qualité de puissance publique, mais comme tout autre particulier (la question de la double personnalité de l'Etat est d'ailleurs discutée ; v. l'opinion de M. Duguit). Il y a encore des cas où les lois administratives dérogeant au droit commun suffisent pour donner une solution juste aux litiges portés devant les instances judiciaires

des travaux publics et en général celui des contrats administratifs, ce que nous tâcherons de démontrer à la suite de notre exposé.

En effet les contrats administratifs ont un régime tout à fait différent de celui de droit commun ; les problèmes soulevés par leur exécution ne peuvent être résolus d'une manière satisfaisante par le droit civil. Or un régime administratif de ces contrats entraîne logiquement une compétence administrative. De même qu'en matière de droit commun il existe pour certaines matières des tribunaux spécialisés, comme par exemple, les tribunaux de commerce, il doit de même exister pour les contrats administratifs des instances plus propres à connaître leur régime particulier. Ces instances ne peuvent être autres que celles du contentieux administratif de pleine juridiction.

D'autre part si dans notre matière, on ne peut admettre la compétence des tribunaux ordinaires, à plus forte raison on ne devrait pas accepter l'arbitrage qui est contraire aux principes du droit public. Malheureusement en Roumanie, les particuliers ont toujours la possibilité de soustraire, par un compromis ou clause compromissoire inséré dans les contrats conclus avec l'Administration, à la

statuant en contentieux administratif. Mais la difficulté apparaîtra nettement lorsque la solution juste et équitable du litige administratif ne peut être trouvée autrement qu'en adaptant les règles de droit commun aux nécessités de l'Administration, en les déformant même s'il le faut. Alors les instances judiciaires devraient statuer d'une manière tout à fait inusitée et étrangère à leur jurisprudence. Or pour arriver à trouver les meilleures solutions des litiges administratifs il faudrait que les tribunaux judiciaires, par leur composition et organisation, soient tous pénétrés par l'esprit administratif, de connaître les nécessités de l'Administration et de les avoir devant les yeux, à côté des principes d'équité, avant de rendre leurs décisions. L'exemplé le plus éclatant de la jurisprudence administrative nous est fourni par les différentes théories créées par le Conseil d'Etat Français en diverses matières administratives ; la théorie des contrats administratifs, de la gestion d'affaires, de la responsabilité de l'Etat, etc. Si le droit administratif français a pu arriver à un développement tel qu'il est aujourd'hui l'objet de l'admiration du monde juridique, c'est grâce à la jurisprudence du Conseil d'Etat qui a su concilier dans une formule de parfaite équité les intérêts privés des particuliers avec les intérêts supérieurs de l'Etat. Nous concluons donc qu'il ne faut pas s'arrêter à des considérations de pure doctrine lorsqu'il s'agit d'organiser le contentieux administratif. Quel profit tirerait l'administré en sachant que le principe de la séparation des pouvoirs est intégralement appliqué alors que ce principe l'empêche de faire respecter ses droits et intérêts par l'Administration ? Il faut avant tout se laisser guider par des considérations pratiques. D'ailleurs même en se plaçant sur un point de vue purement doctrinal les juristes français de droit public ont trouvé une parfaite justification du système français du contentieux administratif en corrigeant les rigueurs de la théorie de la séparation des pouvoirs par la théorie de la *séparation des fonctions*.

juridiction compétente les litiges qui interviennent ou peuvent intervenir lors de l'exécution du contrat.

Or l'arbitrage en matière de travaux publics, qui a donné lieu à de sérieux inconvénients en Roumanie, ne peut être considéré comme un bon système de justice. Ce que nous montrerons dans le titre suivant.

TITRE IV. — CRITIQUE DE L'ARBITRAGE EN MATIÈRE DE TRAVAUX PUBLICS

L'origine et l'essor de l'arbitrage correspond aux époques de l'histoire où le pouvoir judiciaire n'existait pas ou bien présentait encore des imperfections au point de vue de son organisation et de sa procédure.

L'arbitrage est donc l'origine et la phase primitive de la justice (213). Lorsque les hommes vivant dans les premiers groupements politiques abandonnèrent la justice privée, la vengeance, la loi du talion, l'arbitrage « des sages et des vieillards » fit son apparition. Pendant l'époque classique du droit romain le juge lui-même avait le caractère d'un arbitre car il était agréé ou choisi par les parties en litige, et le magistrat romain n'intervenait que pour proposer ou ratifier cette désignation (214).

Avec l'époque féodale l'arbitrage a trouvé une consécration dans le jugement par ses pairs et les hommes du fief, *probi homines* (215). Ce mode de jugement ne différait de l'arbitrage qu'en tant que les juges n'étaient pas choisis directement par les parties.

(213) V. sur l'origine de l'arbitrage : Bourcenne, continué par Bourbeau : *Théorie de la procédure civile*, t. VI, p. 221 ; Garsonnet, Cézard-Bru : *Traité de la procédure civile*, t. VIII, p. 453 et la bibliographie citée par ces auteurs, *ibidem*, p. 453 ; Bell : *Law of arbitration*, cité par M^{lle} Madeleine Landrau, et le Chap. I^{er} de sa thèse : *L'arbitrage dans le droit anglais et français comparés*, Paris, 1932 ; François de Menthon : *Le rôle de l'arbitrage dans l'évolution judiciaire*, thèse, Paris, 1926. « Dans une société qui commence le pénible travail de la civilisation — dit Bourbeau (*op. cit.*, t. VI, p. 221) — l'arbitrage est l'ébauche imparfaite des institutions et des garanties judiciaires. C'est le premier acte qui montre le droit se développant sous une forme pacifique, et la force individuelle abdiquant son empire pour reconnaître la puissance morale d'une justice encore désarmée. A cette première période l'arbitrage est un progrès ».

(214) V. Garsonnet, Cézard-Bru : *Traité de procédure*, t. VIII, p. 453 et les renvois.

(215) V. Bourbeau : *op. cit.*, t. VI, p. 431.

De plus au moyen âge l'arbitrage fût très fréquemment employé par les membres du clergé, comme une voie pacifique pour liquider les contestations en matière ecclésiastique (216).

Ainsi l'arbitrage est bien à l'origine de la justice (217).

D'autre part il est considéré comme un correctif d'une justice imparfaite et vénale :

« Une société — écrit Bourbeau — dans laquelle les pouvoirs publics essayaient de se constituer, traverse quelquefois des nuits profondes au milieu desquelles elle s'égare. Au lieu des garanties qu'elle promettait au citoyen, c'est le despotisme qu'elle impose ; les individus restent sans protection contre des pouvoirs sans frein ; la justice, instrument de la puissance sociale, pèse sur les faibles et s'humilie devant les forts. Tombée en mains indignes, elle a ses procédures ruineuses et ses sentences vénales. Le plaideur cherche alors un moyen d'éviter son contact. L'arbitrage est encore un bienfait, c'est un remède contre les abus » (218).

Sous ce rapport même, l'arbitrage est un vestige historique, car dans notre époque ces abus ont disparu ; ils pourraient cependant réapparaître à la suite de grands bouleversements politiques ; la justice suivant les idées d'une nouvelle organisation politique et

(216) V. Esmein : *Histoire du droit*, pp. 146-149 et 160-161. Dans l'ancien droit français l'arbitrage fut organisé par les ordonnances royales de 1510, 1535 et 1560, qui fixent les règles de la procédure arbitrale et l'ordonnance de 1510 qui ouvre définitivement la voie d'appel contre les sentences arbitrales, les parties ne pouvant y renoncer. D'autres ordonnances royales, notamment celles de 1560, 1673 et 1861 ont organisé l'arbitrage forcé pour certaines catégories de litiges, comme les contestations familiales et en matière commerciale.

(217) Dans le droit international on peut observer la même évolution de la justice : 1. Les Etats se jugent par la guerre ; 2. La médiation ; 3. L'arbitrage ; 4. Justice internationale (v. E. Rouard de Card : *L'arbitrage international*, Paris, 1877 ; N. Politis : *La justice internationale*, Paris, 1924 ; A. de Lapradelle : *Cours de dr. intern. publ.* (Doctorat), Paris, 1927/28).

(218) *Op. cit.*, t. VIII, p. 423. — L'arbitrage a été une idée chère aux hommes de la Révolution Française. Le décret des 16 et 24 août 1791 le considère comme un « moyen » le plus raisonnable de terminer une contestation entre citoyens », et déclare que « les législateurs ne pourront faire aucune disposition qui tiendrait à diminuer soit la faveur, soit l'efficacité d'un compromis ». La Constitution du 3 sept. 1791 l'érige en principe de droit public : « Le droit des citoyens de terminer définitivement leur contestation par la voie d'arbitrage ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du pouvoir législatif. » Les souvenirs récents des abus de la justice de l'ancien régime expliquent ces « illusions d'une société qui renaît et qui toujours a la prétention d'éclairer ses premiers pas du flambeau de la loi naturelle » (Bourbeau). De plus l'arbitrage s'accordait aux principes de l'organisation judiciaire de la Révolution. Les juges appelés « arbitres publics » ont été élus. On connaît les mauvais résultats de ce système.

sociale deviendrait un instrument de la lutte des classes et de l'oppression.. Or, en ces époques troubles, l'arbitrage serait un moyen absolument inexistant et inefficace pour lutter contre les abus du régime usurpateur. En effet la possibilité de compromettre est très limitée, le compromis ne peut toucher les questions où l'ordre public intervient. L'arbitrage a son domaine d'application dans le droit privé où la convention des parties fait la loi. Les contrats s'exécutant de bonne foi, si cette bonne foi fait défaut chez une des parties contractantes, qui se sent protégée davantage par une justice vénale, cette partie ne compromettra pas et forcera l'autre, la plus faible, à paraître devant les juges. L'arbitrage ne saurait donc être un vrai remède aux abus du pouvoir judiciaire.

On a soutenu encore (219) que l'arbitrage est un correctif de l'imperfection de la justice, par rapport à la procédure, car il permet de trancher d'une manière expéditive et pratique un procès, en éliminant les défauts d'une procédure trop lente et compliquée. Les partisans de cette opinion citent comme exemple le droit anglais : « L'arbitrage en droit anglais est une habitude prise par les parties... à cause des imperfections traditionnelles de la justice anglaise » (220).

Cette insuffisance fut sentie surtout en matière commerciale, le formalisme subtil de la procédure civile n'est pas indiqué pour les litiges entre les commerçants qui ne demandent que des règlements rapides de leurs contestations. De plus, pour les commerçants, l'arbitrage est une manière *discrète* de liquider leurs contestations très fréquentes à cause du nombre important de leurs opérations. « Rien n'est plus préjudiciable aux commerçants — écrit Lord Stair en 1693 — que d'être facilement mêlés dans des conflits judiciaires qui les éloignent de leurs affaires et fréquemment dévorent leurs gains et leur crédit » (221).

En matière commerciale l'arbitrage présente donc de vrais avantages, c'est pourquoi il fut adopté par toutes les législations,

(219) V. H. Rousseau : *La clause compromissoire (Revue pratique de législation et de jurisprudence du Tribunal de la Seine, 1926, cité par M^{lle} Landrau, op. cit., p. 86.*

(220) V. Rousseau, cité par Landrau, p. 20. Si cette constatation est juste pour le droit anglais, on ne saurait cependant la généraliser. De toute manière, nous croyons que ce qui rend la procédure arbitrale plus expéditive c'est la renonciation des parties à toute voie de recours contre la sentence arbitrale.

(221) V. Landrau : *op. cit.*, p. 20.

aussi bien sous la forme du compromis que sous la forme de la clause compromissoire.

En ce qui concerne les matières civiles on ne voit pas la même utilité, c'est pourquoi on l'a réduit au compromis dans le droit français qui ne permet pas la clause compromissoire. Le législateur français n'a pas admis la clause compromissoire pour des raisons d'ordre social. L'arbitrage n'offre pas au citoyen les mêmes garanties que la procédure judiciaire. Le litige est tranché le plus souvent par le sur-arbitre et si les parties ont renoncé d'avance à toute voie d'appel et recours, on voit le péril grave auquel le particulier s'expose lorsque les arbitres et surtout le troisième arbitre seraient ignorants ou corrompus (222). La procédure arbitrale est celle où la loyauté la plus scrupuleuse est de rigueur ; le ministère public n'est pas là pour surveiller sa régularité.

De plus l'arbitrage fait double emploi avec les tribunaux judiciaires, il peut donner lieu à une divergence de jurisprudence. La justice serait ainsi divisée, les sentences arbitrales soustraites au contrôle de la Cour de Cassation établiraient une jurisprudence parallèle. Mais la plus grande insuffisance de l'arbitrage c'est la question de la capacité requise pour être arbitre. En principe les parties sont libres de choisir leurs arbitres comme elles le veulent, et doivent s'en prendre à elles-mêmes si elles ont mal placé leur confiance : « Une personne inexpérimentée en affaires, mal famée, affaiblie par âge ou pourvue d'un conseil judiciaire pour cause de prodigalité, un sourd-muet, un commerçant failli, même non réhabilité, peuvent être arbitres, une personne liée d'amitié ou d'intérêt avec l'une des parties, ou même sa parente ou son allié

(222) Déjà Beaumanoir nous raconte l'histoire d'un bourgeois outrageusement condamné par les arbitres (*Coutumes de Beauvais*, ch. XLI, cité par Bourbeau, t. IV, p. 440). Le malheureux avait « occis » le palefroi (cheval) du voisin et fait à celui-ci « un grant vilonie ». L'affaire fut remise aux trois arbitres qui, par hasard, furent amis du voisin lésé. Le bourgeois s'aperçut bientôt que les amis de son voisin n'étaient pas aussi les siens : « Ils rendirent l'ordonnance (le jugement) en telle manière — raconte Beaumanoir — que cil qui avoit fet la vilonie yroit à Nostre Dame de Boulogne nus piés ; et quant il seroit revenus en se meson, il n'i porroit estre que oyt jors ; et au noevisme jor, il moveroit à aler à Saint Jaque en Galisze ; et quant il seroit revenus, il moveroit au noevisme jor, à pié à aler à Saint Gille en Province ; et quant il seroit revenus, il moveroit au quinsime jor à aler outre mer et y demerroit trois ans. Et aveques ce il donroit à celi qui il vilena trois cens livres » Quand notre bonhomme ouit cette sentence il déclara : « Qu'il ne tenroit jà tel dit ne tel ordonnance, parce que trop estoit demesurée, por si petit meffet. » Ce qui était d'ailleurs l'opinion du juge ordinaire qui, sur la requête de la partie condamnée, a annulé la sentence des arbitres.

(sauf les exceptions prévues par l'art. 283 C. Pr. Civ. fr.) le peut aussi » (223).

En effet le Code de procédure civile garde un silence regrettable sur la question de savoir quelles personnes peuvent être arbitres ? En ce qui concerne la jurisprudence, pour donner une solution à cette question, elle a du préalablement fixer la nature de la mission confiée aux arbitres : serait-ce un mandat, une location de services, ou bien une fonction publique temporaire ?

Examinons ces différentes idées :

1° *La théorie du mandat.* — Selon cette théorie « le compromis dans les rapports de chacune des parties avec l'arbitre ou les arbitres choisis par elle, est un véritable mandat ; c'est un mandat donné par deux ou plusieurs personnes d'examiner et de décider le différend qui les divise » (v. Boitard, Colmet-Daage, Glasson : *Leçons de procédure civile*, 15^e éd., t. II, p. 668, en ce sens les conclusions du procureur général Merlin sous Civ., 31 juillet 1815, *Jur. Gén.*, v^o Arbitrage, n^o 1197 en note).

Il en résulte que toute personne qui peut être mandataire peut être aussi choisie comme arbitre ; il n'y a donc aucun empêchement à ce que les femmes, les mineurs, les étrangers, et d'une manière générale tous les incapables soient arbitres (224). En effet le mandataire traitant au nom de son mandant n'a pas besoin d'être capable ; il ne s'oblige pas personnellement, il représente une personne capable, qui peut valablement compromettre, ce qui signifie qu'on peut être arbitre sans avoir le pouvoir de compromettre.

Cette théorie peut bien expliquer certains rapports entre le compromettant et son arbitre, comme il est par exemple l'obligation de l'arbitre de remplir sa fonction après l'avoir acceptée, son droit à l'honoraire (225) et le remboursement de ses frais. De plus la mission d'arbitre peut s'éteindre par les mêmes causes que celles

(223) V. Garsonnet, César-Bru : *op. cit.*, t. VIII, p. 525 et la jurisprudence citée par ces auteurs.

(224) Néanmoins les personnes dont l'esprit n'est pas sain, ne pourront être arbitres. Ainsi : l'interdit pour cause de démence, puisque les actes qu'il passe sont nuls de droit (art. 502 C. civ. fr.) ; la personne pourvue d'un conseil judiciaire pour cause de faiblesse d'esprit. Au contraire l'incapacité du prodigue pourvu d'un conseil judiciaire étant limitée seulement aux cas énumérés par l'art. 513 C. civ. fr., rien ne l'empêche de remplir les fonctions d'arbitre.

(225) « Le mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire » (art. 1896 C. civ. fr.).

qui mettent fin à un mandat : le décès, la révocation. Mais là où la théorie du mandat apparaît comme fautive c'est que *l'arbitre ne représente pas les intérêts de la partie qui l'a choisi ; il doit juger en impartialité*. Il est un véritable juge et, en principe, il peut prononcer sa sentence même contre les intérêts de la personne qui l'a désigné, ce qui en pratique n'arrivera presque jamais : c'est pourquoi il est besoin presque toujours d'une voix départitrice, celle du tiers arbitre, désigné par les deux arbitres, ou bien par les parties elles-mêmes, et en cas de désaccord par un tiers, habituellement par un président d'une Cour de justice. Pourrait-on soutenir que le tiers arbitre est le mandataire des deux parties à la foi ?

Mais il peut arriver encore qu'une des parties qui a consenti à l'arbitrage par une clause compromissoire, refuse de désigner son arbitre, possibilité prévue par les parties contractantes, car une disposition devenue de style est toujours insérée dans la clause compromissoire, par laquelle on désigne d'avance une tierce personne choisie par les deux parties en commun accord, qui sera chargée de nommer l'arbitre de la partie défaillante.

On ne peut alors affirmer que l'arbitre choisi de cette manière est un mandataire, car le mandat était un contrat consensuel et « *intuitu personae* », le consentement du mandant et le choix sur la personne du mandataire (arbitre) font défaut.

Cette théorie n'est pas donc acceptable (226).

(226) V. Trib. civ. de la Seine (16 mars 1899, *Marquis de Santa-Cristina*, D. P. 1905.2.133) : Attendu... qu'à la vérité, la sentence arbitrale est bien la suite et la conséquence du compromis, mais qu'il est inexact d'en conclure avec Merlin, qu'elle fait corps avec ce contrat, qu'elle lui emprunte sa nature et que les arbitres soient, dans l'accomplissement de leur mission, les mandataires des parties qui les ont institués ; — Qu'en effet, tandis que le mandat est, aux termes mêmes de l'art. 1984 C. civ. ; un contrat par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose « pour le mandant et en son nom » d'où il suit que le mandataire est représentant du mandant à qui il doit compte de l'accomplissement de sa mission et que l'acte qu'il fait est considéré comme fait par le mandant lui-même, l'arbitre reçoit, au contraire, la mission d'apprécier la valeur des prétentions respectives des parties et de décider suivant le droit et selon sa conscience ; — Que son rôle est ainsi complètement différent de celui que les parties elles-mêmes auraient pu remplir, puisqu'on ne saurait, sans non sens, admettre que chacune d'elles aurait pu décider et imposer aux autres sa décision ; — Que de même encore, tandis que le mandant a le droit de surveiller et même diriger l'exécution du mandat, les parties qui sont convenues d'un arbitrage se soumettent à l'arbitre qu'elles ont désigné qui non seulement est indépendant d'elles et n'a aucun compte à leur rendre, mais même est leur commun juge dont la décision s'impose à tous... ».

2° *La théorie de la location d'industrie (locatio-conductio operis)*. — D'après cette théorie le caractère de la mission confiée aux arbitres serait semblable au rapport juridique qui intervient entre le client et l'avocat (Glasson, Colmet-Daage, *op. cit.*, 2° éd., t. II, p. 917).

L'avocat, à la différence de l'avoué, ne représente pas le client de même que l'arbitre ne représente pas la partie qui l'a désigné ; *l'avocat plaide en son nom personnel, il n'est pas le mandataire du client.*

Mais si l'avocat n'est pas le mandataire de son client, il l'assiste, il doit soutenir ses intérêts, ses droits dans une instance contentieuse. On arrive donc aux mêmes difficultés que dans la théorie précédente. En effet on ne peut affirmer que le rôle d'un arbitre serait semblable à celui d'avocat ; *l'arbitre ne doit pas soutenir les droits et intérêts de la personne qui l'a désigné : il juge en équité.* Son jugement peut être défavorable à cette personne lorsque sa conscience lui dicte que le droit est du côté de l'adversaire.

3° *Théorie du caractère public de la mission confiée aux arbitres* — Nous avons montré ci-dessus les résultats nuls auxquels on aboutit en essayant de donner une nature contractuelle au rapport entre le compromettant et son arbitre. S'il est vrai que le compromis est un contrat, on ne peut donner ce caractère à l'opération par laquelle les parties contractantes désignent des arbitres. Avant la désignation et après la sentence il n'y a jamais un rapport contractuel entre l'arbitre et la partie qui l'a désigné. Le jugement rendu par l'arbitre ne fait pas corps avec le compromis ou la clause compromissoire, dont il est la suite et la conséquence. Il n'emprunte pas à ces contrats leur caractère. Par conséquent les causes d'annulation des contrats qui sont applicables au compromis, sont étrangères à la sentence arbitrale, qui, étant l'œuvre d'une juridiction contentieuse, ne peut être attaquée que par les voies normales qui existent pour les jugements ordinaires.

Donc la sentence arbitrale est l'œuvre d'une juridiction contentieuse, et les arbitres sont de véritables juges.

Cette vérité se dégage nettement du texte des articles du Code de Procédure civile français concernant l'arbitrage : le compromis intervient à l'occasion d'un litige (art. 1006) ; une fois le compromis signé les parties contractantes deviennent des parties au procès

art. 1009, 1010, 1012, 1016, 1017 et 1027) ; la mission des arbitres est de juger (art. 1013, 1016, 1018) ; les arbitres peuvent être recusés (art. 1014) ; les arbitres jugent d'après les règles du droit (art. 1019) à moins que le compromis ne le leur donne le pouvoir de prononcer en équité en tant qu'amiables compositeurs (art. 1019) mais sans cesser de faire œuvres de juges comme le font les tribunaux ordinaires en cas de silence, d'obscurité ou insuffisance de la loi (art. 4 C. Pr. Civ. fr.) ; la décision arbitrale est qualifiée « jugement arbitral » (art. 1010, 1016, 1020, 1021, 1022, 1023, 1024, 1026 et 1028 C. Pr. Civ.) (227).

Il en résulte que le caractère public des arbitres est bien évident. Cette qualité leur est reconnue aujourd'hui par la majorité de la doctrine (228) et déjà par les anciens auteurs (229). L'arbitre remplit une sorte de fonction publique, créée par la loi, car l'arbitrage lui-même n'existe que par la volonté et l'assentiment du législateur (230). Le législateur permettant et organisant l'arbitrage, il est tout évident qu'il ait confié aux arbitres une fonction publique temporaire.

Les arbitres ne sont pas des fonctionnaires publics permanents car ils ne sont pas soumis au statut des fonctionnaires. Ils ne font pas partie de la magistrature, ils ne sont pas des juges ordinaires ; les décisions qu'ils rendent ne sont exécutoires que si elles sont revêtues de la formule d'*exequatur* donnée par le président du tribunal. Néanmoins la sentence arbitrale a l'autorité de la chose jugée ; les arbitres ne sont pas appelés à donner un simple avis, mais chargés de juger un litige. La sentence qu'ils rendent est un acte authentique qui fait foi jusqu'à l'inscription de faux. Comme juges, les arbitres peuvent ordonner des mesures d'instruction qui sont exécutoires s'ils ont obtenu l'approbation du président du tribunal (231).

La fonction d'arbitre est semblable à celle des jurés de Cours d'assises ou à celle du jury d'expropriation, de l'avocat appelé sur le siège du magistrat pour compléter un tribunal, du citoyen

(227) V. l'arrêt précité dont nous empruntons ces arguments.

(228) Garsonnet, Cézar-Bru, *op. cit.*, 3^e éd., t. VIII, p. 530 ; Glasson, Colmet-Daage, *op. cit.*, 2^e éd., t. II, p. 918, v. *infra*.

(229) V. Domat, liv. II, tit. XII, sect. 1, n° 10 ; sect. II, n° 1, pp. 187 et 188 ; Chavaux, Carré, t. VI, II^e partie, quest. 3260 ; Bourbeau, t. VI, pp. 498 et suiv., cités par Garsonnet, Cézar-Bru, *op. cit.*, 3^e éd., t. VIII, p. 530, note 6.

(230) V. Glasson, Colmet-Daage, *op. cit.*, 2^e éd., t. II, p. 918.

(231) V. Glasson, Colmet-Daage, *op. cit.*, *ibidem*.

chargé de remplir en l'absence du titulaire, les fonctions de greffier (232). Voilà toute une catégorie de personnes qui peuvent être appelées à remplir momentanément des fonctions publiques. Peu importe que ces personnes soient choisies par les parties ou par le tribunal (233), puisque les actes qu'elles sont appelées à faire, renferment une partie de pouvoir public, les fonctions exercées seront des fonctions publiques.

Pendant Bourbeau établit sur ce point une différence essentielle entre l'*arbitrage volontaire* créé par la volonté des parties contractantes et l'*arbitrage forcé*, où la volonté des parties n'intervient que pour désigner les arbitres, tandis que la juridiction arbitrale est créée par la loi, afin de soustraire aux tribunaux ordinaires certains litiges en les confiant à des instances exceptionnelles, plus propres — paraît-il — à assurer une bonne et rapide administration de la justice.

D'après Bourbeau lorsqu'il s'agit d'arbitrage volontaire on ne peut pas dire que l'arbitre choisi exerce une fonction publique car cette qualité est réservée seulement à l'arbitre appelé à statuer dans un arbitrage forcé, créé par la loi (*op. cit.*, p. 459).

Dans cette dernière hypothèse « ce n'est plus par l'effet de leur volonté que les parties se soumettent à la juridiction des arbitres. Leur volonté n'intervient que pour choisir les juges, mais elle ne crée pas la juridiction. C'est la loi qui l'établit ; c'est l'autorité publique qui reconnaît pour ses délégués ceux que les parties, ou à leur défaut le tribunal, investiront de cette mission élevée, puisqu'elle règle la compétence des arbitres forcés et qu'elle distrait des attributions faites à la justice ordinaire, celle qu'elle a conférées à ce tribunal exceptionnel ».

L'opinion de Bourbeau n'est malheureusement juste car la distinction entre l'arbitrage forcé et l'arbitrage volontaire ne touche en rien le caractère public des arbitres. En effet l'arbitrage est toujours une création de la loi, c'est elle qui *permet* l'arbitrage comme une exception aux règles de la compétence qui sont d'ordre public. C'est une concession que la puissance publique consent, et non pas une application du principe de la liberté contractuelle. Les contrats ne sont valables qu'en tant qu'ils ne touchent pas à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Si les parties

(232) V. Bourbeau, *op. cit.*, t. VI, pp. 456-457.

(233) V. Bourbeau, *ibidem*.

peuvent déroger aux règles de la compétence c'est uniquement par l'intervention du législateur qui établit certaines exceptions à ces règles. Dans l'arbitrage forcé l'intervention du législateur apparaît nettement. C'est lui qui se substitue aux parties et décide que leurs litiges seront portés devant cette juridiction exceptionnelle. On peut dire que l'Etat a satisfait par la création de ces instances un vœu de la collectivité. Il avait commencé à s'opposer à l'arbitrage pour l'admettre ensuite et l'imposer finalement dans les matières où il est convaincu de ses avantages (234).

Mais quand l'arbitrage est forcé il n'est plus un arbitrage proprement dit mais une juridiction, un tribunal spécial créé par l'Etat en vue de trancher certains litiges qui par leur nature particulière requièrent une solution rapide et nécessitent des connaissances spéciales.

De toute manière, la qualité de juge des arbitres subsiste dans les deux formes de l'arbitrage, pour des considérations que nous avons données ci-dessus. On pourrait seulement ajouter que dans l'arbitrage par compromis ou clause compromissoire, les arbitres sont investis d'une mission juridictionnelle privée, tandis que dans l'arbitrage forcé non seulement leur qualité mais aussi leur mission est publique.

La théorie que nous venons de citer est certainement la plus judicieuse et la seule juridique. Néanmoins elle est trop rigide et peu pratique. En effet les nécessités des relations commerciales internationales de plus en plus intenses et la grande fréquence de l'arbitrage en matières commerciales faisaient péniblement ressentir l'inconvénient d'exclure une catégorie de personnes, les étrangers, de la mission arbitrale. Car si l'on admet que les arbitres détiennent une fonction publique temporaire, les étrangers ne peuvent être chargés de cette mission : « L'étranger ne peut remplir aucune fonction impliquant une délégation, même temporaire, même lointaine de la puissance publique, si ce n'est celle d'agent consulaire, il ne peut être employé à aucun titre dans l'administration de l'Etat... Il ne peut contracter un engagement dans un corps de sapeur pompier, dans l'armée sauf dans la « Légion étrangère »... Il ne peut siéger dans une cour ou dans un tribunal, être élu membre d'un tribunal de commerce ou prendre part à l'élection des juges de ce tribunal, être membre d'un

(234) V. Garsonnet, César-Bru, *op. cit.*, 3^e éd., t. VIII, p. 454.

jury d'expropriation, d'une chambre de commerce française, d'un conseil de prudhommes, *il ne peut être arbitre ou délégué arbitre* dans les différends collectifs entre patrons et ouvriers ou employés. L'étranger ne peut exercer en France les professions d'avoué, de greffier, d'huissier, de notaire, d'avocat, d'agent de change, de courtier maritime, etc. (Weiss : *Traité élém. et prat. de dr. intern. privé*, 2^e éd., t. II, p. 171, et les textes des lois et la jurisprudence cités pour chacun de ces exemples) (235).

C'est pourquoi la jurisprudence et la majorité de la doctrine a adopté une théorie plus pratique mais moins juridique, en séparant l'arbitrage forcé de l'arbitrage volontaire, suivant l'opinion de Bourbeau :

4^e *La théorie opportuniste.* — D'après cette théorie, comme nous l'avons déjà montré ci-dessus, seule la mission confiée à l'arbitre qui statue dans un *arbitrage forcé* présente le caractère d'une fonction publique temporaire. Nous avons également montré en quoi cette théorie est erronée. Ajoutons en plus qu'elle laisse ouverte la discussion sur la nature juridique de la mission confiée à un arbitre qui statue dans un *arbitrage volontaire*.

« La distinction que nous avons cru devoir établir entre ces deux espèces d'arbitrage, est fondée sur les considérations suivantes : L'arbitre forcé tient sa mission tout autant de la loi que de la partie qui l'a choisi ; ses fonctions se rattachant à l'ordre des juridictions, deviennent en quelque sorte publiques. Il en est autrement de l'arbitre volontaire dont le ministère est entièrement privé » (Aubry et Rau, 5^e éd., t. I, § 77, note 7, p. 485, en ce sens : Weiss : *Traité élém. et prat. de dr. internat. privé*, 1^{re} éd., t. II, p. 157, note 1 ; 2^e éd., t. II, pp. 169 et suiv., 180 ; Massé : *Le dr. comm. dans ses rapp. avec le dr. des gens et le dr. civ.*, 3^e éd., t. I, n^o 505 ; Lescœur : *La cond. légale des étrangers en France*, n^o 14 ; Colmet-Daage et Glasson : *Leçons de procédure*, 15^e éd., t. II, n^o 1183 ; Demolombe, I, p. 273 et les autres auteurs cités par Aubry et Rau, *ibidem* ; pour la jurisprudence v. Dalloz Répertoire, v^o Arbitrage, n^o 340 ; Nouveau Code Civ. annoté, art. 11, n^{os} 215 et suiv. Contre : Rodière : *Cours de comp. et de la*

(235) En Roumanie, la Constitution et les lois en vigueur accordent aux étrangers une situation juridique identique, et sur certains points encore plus libérale. V. la thèse de doctorat de M. A. Teodoresco, professeur à la Faculté de Droit de Bucarest : *Les lois roumaines et les étrangers*, Paris 1905, p. 243.

proc. en matière civ., 5^e éd., t. II, p. 505 ; Bellot de la Minière : *De l'arbitrage*, t. I, p. 12, d'après ces auteurs les étrangers ne peuvent exercer même la fonction d'arbitres volontaires).

Il en résulte que les étrangers ne pourraient être choisis comme arbitres pour statuer sur les litiges surgis dans les matières suivantes, qui, à l'heure actuelle, sont les seules où la loi a institué et maintenu l'*arbitrage forcé* (236) :

1^o En matière de différends collectifs, entre patrons et ouvriers ou employés (loi du 27 décembre 1892) (237) ;

2^o En matière de liquidation des dépenses de travaux publics et de fournitures de l'Etat, départements et communes (art. 69 de la loi de finances du 17 avril 1906) (238).

★
★

De ce que nous avons exposé ci-dessus et au Titre Premier, chap. III, de notre étude, il résulte que l'arbitrage n'est pas vu d'un très bon œil par le législateur français qui en limite strictement son application, en considérant le péril auquel le citoyen s'expose en se soumettant à cette juridiction qui ne peut offrir des garanties suffisantes.

Cette raison devrait l'emporter, d'autant plus lorsque la collectivité est directement intéressée, quand c'est l'Etat et non pas les individus qu'il faut protéger contre les inconvénients souvent graves, d'une mauvaise justice. Si l'arbitrage est restreint en droit civil, étant réduit au compromis, il doit être rigoureusement interdit dans les affaires qui touchent les intérêts de l'Etat.

(236) L'arbitrage forcé, connu dans l'ancien droit français (v. *supra*) fut très en faveur pendant la Révolution (v. *supra*). Mais bientôt se produit une vive réaction et plusieurs lois successives ont limité son champ d'application ; de plus une loi du 9 Ventôse an IV l'avait déclaré contraire à la Constitution. Les litiges furent rendus à la juridiction ordinaire, à moins qu'un arbitrage volontaire, admis par la loi, ne soit intervenu entre les parties (v. Garsonnet, Cézar-Bru, *op. cit.*, 3^e éd., t. VIII, p. 455 et la note au n^o 221). Une application de l'arbitrage forcé qui a survécu en matière commerciale pour les litiges entre associés et pour raison de société (C. com., art. 51 et suiv.) fut supprimée par la loi du 17 juillet 1856 (Garsonnet, Cézar-Bru, *ibidem*). A l'heure actuelle, l'arbitrage forcé existe seulement dans les deux cas ci-dessus cités.

(237) Les décrets des 17 janvier 1917 et 7 septembre 1917, ont organisé pendant la guerre l'arbitrage forcé pour les différends collectifs survenus entre les ouvriers non mobilisés et les patrons des industries privées, mises au service de la défense nationale, la grève étant interdite.

(238) V. Garsonnet, Cézar-Bru, *op. cit.*, *ibidem*, p. 456).

« *Comment admettre en effet — se demande M. Laferrière — que l'Etat puisse accepter des arbitres dans les affaires où il ne lui est même pas permis d'accepter des juges civils ?* »

« *Plus encore que la juridiction judiciaire, la juridiction administrative est d'ordre public pour l'Etat* ». (*Op. cit.*, 2^e éd., t. II, p. 152).

L'Etat peut se soumettre à un arbitrage dans les litiges internationaux, car il n'y a dans ce domaine aucun autre moyen de liquider une contestation. Mais même en cette matière la S. D. N. a préféré avoir un *tribunal permanent* bien organisé, la Cour permanente de justice internationale de La Haye, une véritable Haute Cour où les juristes les plus éminents et une procédure rigoureuse offrent les meilleures garanties d'une bonne justice. Ainsi, même dans le droit international, par définition le domaine d'application de l'arbitrage, on a préféré au système rudimentaire d'arbitrage, *une Cour de justice* (239).

Mais hormis les litiges internationaux, on ne voit aucune raison de soumettre l'Etat aux risques d'un arbitrage.

Nous avons vu qu'en France, la règle que l'Etat ne peut compromettre a souffert une exception, de moindre importance d'ailleurs, à la suite de l'art. 69 de la loi du 17 avril 1907, dans la matière de la liquidation des dépenses de travaux publics et de fournitures de l'Etat, des départements et communes. Nous avons montré aussi que le Conseil d'Etat interprète « *stricto sensu* » ce texte de loi, et limite la possibilité de l'Etat de recourir à l'arbitrage, à ce seul cas.

Au contraire, en Roumanie, l'arbitrage est admis d'une manière générale dans notre matière et domine tout le contentieux de l'interprétation et l'exécution des contrats de travaux publics. On est arrivé à ce résultat par deux voies : 1^o *Par la nécessité*. Nous avons vu que l'arbitrage a été imposé par les Compagnies de Chemins de fer étrangères et que les Principautés Roumaines, après des oppositions acharnées ont dû finalement accepter l'arbitrage comme

(239) « A la différence des sentences arbitrales qui, quelque soit leur valeur juridique, ne sont au fond que l'arrangement recherché par les parties, les décisions de la Cour (Permanente de Justice Internationale de la Haye) sont de véritables arrêts de justice exprimant la conscience juridique universelle ». Politis : *La justice internationale*, p. 19 ; « Il a fallu une évolution séculaire pour essayer de faire de l'arbitrage un acte de juridiction, développer l'obligation d'y recourir sur la base d'un contrat judiciaire en fondant des Cours d'arbitrage, puis de justice ». (V. Georges Scelle : *Précis de dr. des gens. Principes et systématique*, I^{re} partie, 1933, p. 62).

moyen unique de liquider les contestations qui s'élèveraient entre l'Etat et les concessionnaires relativement à l'interprétation et l'exécution du contrat de concession et des cahiers des charges annexés. En effet, la Roumanie avait à cette époque un besoin urgent de voies ferrées et il lui manquait les moyens de les construire. C'est pourquoi elle a consenti à la clause compromissoire malgré la défense de l'art. 43 du Code de procédure civile qui reproduisait textuellement l'art. 1006 du Code de procédure civile français, et admettait seulement le compromis et non pas la clause compromissoire. Mais plus tard, le nouveau Code de procédure civile roumain du 14 mars 1900 a consacré textuellement la clause compromissoire dans son article 342 à côté du compromis, et de plus, aucun texte de loi n'interdisant pas à l'Etat de consentir à l'arbitrage, la clause compromissoire et le compromis sont désormais très fréquents en notre matière. 2° *Par la conception civile qui domine le droit public roumain.* En effet dans le droit public roumain, l'Etat est trop facilement comparé à un simple particulier. Nous avons donné déjà quelques exemples de cette conception lorsque nous avons parlé de la relativité de la chose jugée en matière de contentieux d'annulation. Ajoutons maintenant un nouvel exemple de cette conception : La matière de travaux publics malgré qu'elle n'appartienne pas au droit commun, mais au droit administratif a été longtemps soumise en Roumanie à un contentieux judiciaire. Nous avons montré que la jurisprudence et le législateur roumain ont limité le contentieux administratif aux actes d'autorité à l'encontre du texte de la constitution qui prévoit le recours en contentieux ouvert aussi bien contre les actes administratifs d'autorité que les actes de gestion.

Or, les contrats de travaux publics et en général les contrats administratifs, étant considérés pendant longtemps par la jurisprudence comme actes de gestion, ont été soumis à la compétence des tribunaux judiciaires. L'exclusion de ces contrats de la compétence des instances du contentieux administratif a entraîné la conséquence fâcheuse de les soumettre à un régime de droit privé. En effet, c'est le droit privé qui longtemps a dominé la matière des travaux publics, sauf quelques exceptions créées par les lois administratives. Considérant la matière de travaux publics comme appartenant au droit civil on n'a pas vu d'inconvénients à ce que les litiges intervenant lors de l'exécution des travaux publics, soient soumis à la décision des arbitres.

D'autre part, il n'y a pas dans le droit roumain un texte de loi qui interdirait à l'Etat de compromettre (240). Par contre nous avons montré que de nombreux textes de loi consacrent expressément l'arbitrage en matière de travaux publics. L'arbitrage dans notre matière est donc un *arbitrage forcé* établi par la loi. Mais la distinction entre l'arbitrage forcé et l'arbitrage volontaire n'existe pas en Roumanie ou pour mieux dire elle ne présente aucun intérêt. Nous avons vu que cette distinction établie par la jurisprudence et la doctrine française entraînait la conséquence de refuser la qualité d'arbitre à toute une catégorie de personnes incapables d'exercer une fonction publique même temporaire. Les principaux visés sont les étrangers à propos desquels le législateur français est même expressément intervenu pour les exclure de la fonction d'arbitre dans certaines matières très importantes pour l'Etat : « En présence de ce qui se passe dans les différends où les étrangers viennent souvent jouer un rôle qui n'a rien de patriotique au point de vue français, *on comprend parfaitement* — disait à l'appui de la disposition de l'article 15 de la loi du 27 décembre 1892 le président de la commission sénatoriale, M. Driancourt — *que nous tenions à ce que ceux qui sont appelés à se prononcer sur les débats en France soient français* et intéressés au bon ordre dans notre pays. » (Séance du Sénat du 21 décembre 1892, *J. O.* du 22, cité d'après Weiss, *op. cit.*, t. II, p. 171, note 4).

La loi du 27 décembre 1892 qui a organisé l'arbitrage forcé en matière des conflits collectifs de travail n'a donc pas reconnu aux étrangers la qualité de se prononcer sur les litiges qui touchent directement les intérêts supérieurs de l'Etat, en espèce la sûreté publique.

En ce qui concerne le second cas d'*arbitrage forcé* qui existe actuellement en France et qui fut organisé par l'art. 69 de la loi du 17 avril 1906 en matière de liquidation des comptes de travaux

(240) Le Code de procédure civile roumain ne contient pas une disposition similaire à celui qui est enfermé dans l'art. 1004 et 83 du C. de pr. civ. fr. En effet, l'article correspondant du Code roumain dit ceci : « Ne peuvent être soumises à l'arbitrage les questions d'état-civil, divorce, et tous les droits sur lesquels la loi ne permet pas de transiger ». De plus, l'article 415 de la loi sur l'administration locale du 3 août 1929 donne droit aux autorités administratives sous tutelle de compromettre et transiger. Pour les transactions de l'Etat, l'article 33 de la loi sur l'administration des entreprises et des biens publics du 9 janvier 1930 requiert l'autorisation d'une loi s'il s'agit d'un litige dont la valeur dépasse 10 millions lei.

publics et fournitures de l'Etat, départements et communes les raisons d'exclure les étrangers sont aussi catégoriques. En effet ce serait une atteinte à la souveraineté d'un Etat d'admettre que les litiges où l'Etat est partie et qui normalement relèveraient de la compétence des tribunaux établis par la constitution, soient jugés devant un tribunal arbitral composé en majorité par des étrangers, ce qui pourrait facilement arriver si le concessionnaire ou l'entrepreneur étranger, désignait un arbitre étranger et si les deux arbitres désignaient un sur-arbitre également étranger.

Or, l'art. 341 du Code de procédure civile roumain de 1900 déclare textuellement : « Peuvent être arbitres toutes personnes capables de quelque nationalité qu'elles soient ». Cette disposition rapportée aux lois qui prévoient l'arbitrage en matière de travaux publics entraîne la conséquence inévitable que l'Etat roumain peut être jugé et condamné par un tribunal arbitral étranger. Ce qui est réellement arrivé à l'occasion de la fameuse affaire *Hallier* (241).

(241) Le Ministère des Travaux publics a fait étudier pour le port de Constantza deux projets qui avaient pour objet l'exécution de travaux hydrauliques, c'est-à-dire la construction de digues, de quais, de terrassements, etc. ; 2° la construction de la ligne de chemin de fer de Constantza à Cernavoda (Carrière de Canara). Cette carrière était mise à la disposition de l'adjudicataire pour l'extraction de la pierre nécessaire aux travaux. La valeur totale de ces travaux était de 12.318.022 fr., d'après le devis. Le 30 juin 1895 a eu lieu l'adjudication, et parmi les soumissions présentées, celle de M. Adrien Hallier, ingénieur constructeur de Paris, a offert le rabais le plus grand : 23,85 % au-dessous du devis, un écart vraiment excessif. Deux contrats ont été conclus successivement entre l'Etat et M. Hallier ; le premier, le 22 juillet 1895, pour l'exécution du projet réduit, le second pour la totalité des travaux comme suite et en place du premier. Le contrat prévoyait la compétence des instances ordinaires pour trancher les litiges qui surviendraient par l'inexécution des clauses du contrat et du cahier des charges. L'entrepreneur, en exécutant une partie des travaux, se rendit bientôt compte qu'à la suite du rabais excessif qu'il avait consenti, son marché ne pouvait lui offrir les bénéfices espérés. Par une lettre en date du 12 mars 1899, il communique au Ministère des Travaux Publics qu'il refuse de continuer les travaux, de sorte que le Ministère a dû établir la régie au compte de l'entrepreneur, conformément aux art. 36 et 39 du cahier des charges et conditions générales pour les entreprises de travaux publics, annexé au contrat (v. *Direction des travaux du Port de Constantza* : Mémoire sur l'exécution des travaux contractés avec l'entrepreneur, Hallier, Bucarest, 1900). C'est alors que cette chose bizarre arriva : le gouvernement, en son droit, au lieu de prononcer la résiliation par suite de la faute ou de la négligence de l'entrepreneur, passe avec lui une convention dans le but de résilier l'entreprise et de liquider les comptes par arbitrage. Cette convention contenant le compromis fut approuvée par la loi du 20 janvier 1900. Le tribunal arbitral statuera en dernier ressort, sans appel ou recours en Cassation.

Quelles sont les considérations qui ont déterminé le gouvernement roumain

Mais les autres inconvénients de l'arbitrage en général et spécialement dans le droit public interne ne sont pas moins graves.

1. Si l'on essaye à faire une analyse de la jurisprudence des tribunaux arbitraux en matière de travaux publics on éprouve une première difficulté en voulant se documenter. En effet il est très difficile d'aborder les sentences arbitrales. Sauf deux ou trois d'entre elles les décisions des arbitres ne sont pas publiées dans les recueils de jurisprudence, bien qu'elles méritent parfois une annotation doctrinale. On retrouve ces décisions dans les registres de sentences

à abandonner les garanties d'une bonne justice assurée par les tribunaux, prévues par le contrat d'entreprise, et à instituer par une loi spéciale, la procédure hybride de l'arbitrage ? Le rapport au Sénat de la loi du 20 janvier 1900 invoque les motifs suivants : par la mise en régie, le gouvernement a été obligé de continuer les travaux pour le compte de l'entrepreneur défaillant, sans pouvoir aucunement modifier les plans arrêtés, qui ont formé la base du marché. Or, la réalisation de ces projets « dépasse les possibilités actuelles de notre budget, et, de plus, les travaux en question ne sont pas réclamés pour le moment, par les nécessités du pays ». (La situation de la Roumanie était, à cette époque, de plus en plus précaire. En effet, une crise agricole et financière d'une violence sans précédent, éclate en 1899 en Roumanie. La dette publique de l'Etat atteint un chiffre qui dépassait les possibilités du trésor). « C'est pourquoi le gouvernement a élaboré un nouveau projet moins coûteux, qui permet la réalisation de ces travaux dans une mesure plus réduite, laissant à l'avenir le soin de les perfectionner. En face de ce projet, une difficulté s'élève : la construction du port de Constantza étant donnée en entreprise et l'entrepreneur mis en régie, nous travaillons aujourd'hui pour le compte de celui-ci. Nous sommes donc obligés de suivre les plans sur la base desquels l'entreprise fut contractée. Il n'est donc pas possible de changer les projets et de réduire les frais excessifs auxquels nous nous sommes engagés.

Nous devons résilier le contrat et pour arriver à cela, il aurait fallu nous adresser à la justice. Un tel procès dure 2-3 ans, c'est-à-dire juste le temps qui est prévu pour l'achèvement des travaux. Devant ces difficultés de droit et de fait, nous sommes arrivés à la seule solution qui permette de réaliser notre projet, en convenant avec l'entrepreneur de résilier le contrat, et de liquider les comptes par un arbitrage qui assure une décision juste et rapide. L'arbitrage s'impose dans notre cas tant par l'urgence que, par la nature du litige qui comporte la solution des questions de fait et qui, même porté devant les instances ordinaires, est tranché par l'expertise ».

Les motifs invoqués par le gouvernement ne peuvent être soutenus en droit. En effet, la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synalagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne remplit pas les engagements qu'elle a contractés (art. 1184 C. civ., art. 1026 C. civ. roum.). De quelque manière que l'entrepreneur manque à ses obligations, l'administration a, en toute hypothèse, le droit de résilier le marché (Christophe, I, 593). Les cahiers des clauses et conditions générales pour les entreprises de travaux publics ont fait application de ce principe ; dans les divers cas où l'entrepreneur ne remplit pas ses obligations, l'administration peut prononcer, par une décision, la résiliation sans que la mise en régie soit le préliminaire indispensable de cette

arbitrales aux sections notariales des tribunaux dans le rayon desquels les commissions arbitrales ont siégé. C'est pourquoi nous n'avons pu étudier que les sentences qui ont obtenu l'exquatur au Tribunal d'Ilfov (Bucarest), et seulement à dater de 1905. Nous avons en vain cherché les traces des registres d'avant 1906 aux archives du Palais de Justice de Bucarest et à celles de l'Etat. Si nous connaissons tout de même quelques espèces jugées avant 1905, c'est qu'elles furent publiées parfois dans des différentes brochures éditées par les parties en langues roumaine et française. Ainsi nous pouvons citer : Procès d'arbitrage entre la Société de construction des Batignolles et ses entrepreneurs Algiu et Grunbaum. Sentence des Arbitres. Bucarest. Imprimerie de la Cour, 1875 ; Acte privitoare la

mesure administrative (Christophle, I, *ibidem*). Une fois la résiliation prononcée, après ou sans la mise en régie, le Ministère des travaux publics, en l'espèce, aurait pu continuer ou suspendre les travaux comme bon lui aurait semblé, sans que l'entrepreneur, déchu à la suite de sa faute, ait la moindre prétention. Donc le gouvernement roumain, n'avait aucune raison de soumettre l'affaire aux arbitres. Il aurait fallu laisser M. Hallier poursuivre ses prétentions devant les instances prévues par le contrat, et continuer les travaux en régie.

Le 25 janvier 1900 le tribunal arbitral fut constitué. Il était composé par M. H. Moffre, ingénieur en chef des chemins de fer du Midi, arbitre désigné par M. Hallier ; M. Michel Sontzou, gouverneur de la Banque Nationale de Roumanie, désigné par le gouvernement, et M. F. Leemann, inspecteur général de Waterstraat de Hollande, désigné par les deux premiers arbitres.

La constitution de ce tribunal composé en majorité d'étrangers et qui devait juger l'Etat roumain, fut reçu par des protestations si véhémentes de la part de l'opinion publique que la Capitale fut le théâtre d'une véritable révolution. Toute la presse sans distinction d'opinion et à l'unanimité, a condamné le gouvernement : ...« La situation créée à la Roumanie dans cette question par ce gouvernement sans prestige est des plus pénibles... Un tribunal arbitral se réunit dans la Capitale du Royaume pour trancher un différend entre l'Etat roumain et un entrepreneur étranger. Ce tribunal se compose en majorité d'étrangers et l'Etat roumain sera obligé de plaider devant lui en langue étrangère... La journée du 26 février 1900, date de la réunion du tribunal arbitral pour l'affaire Hallier, formera une page noire dans nos annales, car elle marquera une atteinte à notre souveraineté » (v. *L'Indépendance Roumaine* du 28 février et 13 mars 1900). Les citoyens de la Capitale s'organisèrent dans un « Comité de résistance nationale ». Il y avait des bagarres dans les rues de Bucarest. Cependant, il n'y eut aucune manifestation hostile contre les membres du tribunal arbitral (*L. I. R.* du 1^{er} mars 1900). D'autre part à la Chambre des députés et au Sénat le gouvernement (les conservateurs) a eu des moments pénibles en répondant aux véhémentes interpellations des hommes politiques de la taille de I. C. I. Bratiano, Al. Marghiloman, T. Maioresco, P. Missir, Em. Porumbaru, Radulesco, P. P. Carp, N. Saveano, Aurelian, etc.

Le 29 février 1900, le tribunal arbitral ouvre les débats. M. Hallier est assisté par M^e Raymond Poincaré, qui a, à son côté, son secrétaire, M^e Payen,

desfiintares concessiunei Salamanca-Delhante publicate de Ministerul Agriculturii si Lucrarilor publice, Bucarest, 1867, p. 23, etc. En ce qui concerne l'affaire Hallier contre Ministère des Travaux publics, la sentence des arbitres, rendue en langue française et publiée *in-extenso* dans les n^{os} du 9 et 10 avril 1900, du journal *L'Indépendance Roumaine*, de Bucarest.

2° Les décisions des arbitres sont peu juridiques. Les arbitres ne sont pas tenus de statuer d'après la loi, mais en équité. En effet, alors que le Code de procédure de 1865 avait prévu que les arbitres jugeront d'après le droit, par contre, l'art. 355 du nouveau Code

avocat à la Cour d'Appel de Paris, M. Andouin, avoué de M. Hallier, ce dernier et son ingénieur, M. Barrès. L'Etat est représenté par M^{es} Boamba, Pano, Barbu, Paltineano, Zahariade et Balaban. Devant la Cour des Comptes où siégeait le tribunal arbitral, la foule manifestait sans cesse. Les séances étaient accompagnées de la rumeur sourde de la rue ; une véritable ambiance révolutionnaire. Dans ces circonstances, le tribunal arbitral a eu un rôle de plus en plus difficile et délicat. Il fallut l'autorité et la haute compétence de celui qui fut plus tard un des plus grands hommes d'Etat de l'Europe, et le grand ami de la Roumanie, M. Raymond Poincaré, pour calmer les esprits surexcités : « Messieurs — dit M^e Raymond Poincaré dans son plaidoyer — nous avons devant nous un simple procès de travaux publics, comme il s'en passe dans toutes les parties du monde. Cette affaire a pris aux yeux de l'opposition en Roumanie, des proportions inattendues et la politique s'en est emparée. Je ne céderai pas à la tentation de compliquer la cause... (une violente rumeur éclate dans la rue)... Je ne me préoccuperai pas des bruits qui montent de la rue. Je me borne à la politique de mon pays et ce serait trop me demander que de saisir les finesses de la politique des autres pays. Ce serait de ma part une inconvenance que de prononcer un mot sur les querelles intérieures de ce pays. Ses luttes politiques sont la conséquence inévitable de la vie politique intense et de son essor national. Je ne plaide ici ni contre le gouvernement d'hier ni contre le gouvernement d'aujourd'hui. D'ailleurs, la presse roumaine ici représentée assistera plutôt à un débat aride où il ne s'agira que de plans et de chiffres... Mon attitude dans cette cause m'est facilitée par les liens de sympathie qui unissent la France à la Roumanie, par leurs souvenirs communs. Un Français qui, après avoir traversé toute l'Europe, arrive dans cette belle ville de Bucarest a l'impression de respirer l'air natal. Combien de fois m'a-t-il été donné d'applaudir aux succès d'étudiants roumains en France ! J'ai vu dans cette émulation des deux jeunesse un gage d'union entre les deux nations. Je plaide ici contre l'Etat, roumain comme tout avocat français qui plaiderait contre une branche de l'administration en France. Je répudie toute idée de critique contre le gouvernement roumain. Je ne sacrifierai pas non plus aux bruits du dehors... » (*L'I. R.*, n^o du 1^{er} mars 1900). Les paroles de M. Raymond Poincaré ont beaucoup contribué à l'apaisement des passions et les Roumains ont vite retrouvé leur calme proverbial. Finalement le procès fut tranché par les arbitres (v. sur la sentence, *infra*) en équité, et en réduisant les prétentions de M. Hallier qui s'élevaient à la somme de 18,377,685 francs, à 6,226,632 francs et 62 centimes.

de procédure de 1900 permet aux arbitres de trancher les litiges qui leur sont soumis d'après le bon sens, si toutefois la clause compromissoire ou le compromis ne prévoit pas le contraire (242). Grâce à cette disposition les arbitres peuvent ne pas avoir de connaissances juridiques. Il en résulte que les litiges, où les finances publiques sont si sérieusement engagées, seront tranchés presque toujours par la décision d'une seule personne le sur-arbitre, qui statuera en dernière instance, non pas d'après les règles du droit, mais en équité. Voilà un grave inconvénient ; il suffit que le tiers arbitre se trompe pour entraîner une condamnation démunie de tout fondement juridique. On arrivait à ce résultat choquant surtout par la disposition de l'art. 353 du Code de procédure civile roumain (cf. art. 1018 du Code de proc. civ. français) qui prévoit que le tiers-arbitre doit se rallier à l'une des décisions données par les arbitres des parties. S'il arrive que tous les deux arbitres se sont trompés, le tiers arbitre est obligé de donner sa décision conformément à l'une des opinions émises par les deux arbitres, la sentence arbitrale en dernier ressort par le tiers arbitre sera ainsi nécessairement erronée et injuste pour l'une des parties. L'art. 353 du nouveau Code de procédure civile roumain de 1900 élimine cet inconvénient en décrétant que le sur-arbitre « pourra faire changer en tout ou en partie l'opinion à laquelle il se range » (v. Arthur Desjardins : *Le Code de procédure roumain du 14 mars 1900, étude de législation comparée*. Paris, 1900, p. 18). Malgré cette modification, le danger d'une erreur de la part du tiers arbitre, juge souverain et en équité du litige, subsistera toujours.

3° Quoiqu'il soit difficile de tirer des conclusions générales de si peu d'espèces en matière de travaux publics, nous trouvons une sentence en date du 15 octobre 1925 (Registre des sentences arbitrales. Trib. Ilfov, volume 1924-1927, folio n^{os} 99-100, *Soc. « David Grove » Auslands G. m. b. H. Berlin et « Hydrometer » Breslauer Wassermesserfabrik A. G. Breslau c/ Les Usines Communales de Bucarest*) qui condamne la Municipalité de Bucarest à payer la somme de 3.385.477 leis de dommages-intérêts et 200.000 leis de frais de justice, *sans aucun motif à la sentence arbitrale*.

(242) De plus les parties ont la possibilité de déroger par leur compromis à toute règle de procédure (Cass., 1^{re} déc., n^o 1839 du 7 juillet 1925, *Bull. Cass.* 1925.2.146).

Or, dans l'état actuel de la législation et jurisprudence roumaine en matière d'arbitrage, il semble qu'il est parfaitement possible que les arbitres dérogent à la règle — une des plus élémentaires de la procédure — d'après laquelle les sentences doivent être motivées à peine de nullité. La preuve est que la section notariale du tribunal d'Ilfov a investi la sentence ci-dessus citée d'exequatur.

4° Il arrive presque toujours dans les procès de travaux publics que la solution du litige dérive de l'examen de la légalité d'un acte administratif. Si l'instance compétente est, par la dérogation des parties, une commission arbitrale, comme en notre cas, une question grave se pose : que feront alors les arbitres ? Devront-ils statuer sur une question qui n'est pas de l'attribution des tribunaux judiciaires ?

Auront-ils des pouvoirs plus étendus que les tribunaux ordinaires ? Cette question fut tranchée de la manière suivante dans la sentence rendue par un des arbitres de l'affaire *Marquis Don José de Salamanca et Gustave Delahante c/ Ministre des Travaux publics* (v. la brochure publiée par le Ministère des Travaux publics en 1867, p. 25) :

« Les arbitres devront-ils se borner à l'examen des critiques apportées par le gouvernement roumain au concessionnaire M. de Salamanca ou bien élargiront-ils leurs attributions et examineront-ils les actes du gouvernement ? » se demande l'arbitre.

« D'après notre conviction, la sentence des arbitres doit porter sur les deux questions, car faire autrement serait violer l'égalité des parties devant la loi. »

L'arbitre conclut que « la décision du Conseil des Ministres par laquelle il dénonce le contrat, est illégale, attendu qu'elle n'a pas été précédée d'aucune contestation entre les parties, soit relativement à l'exécution du contrat, soit quant à l'interprétation de l'acte de concession. Or, en l'absence de contestation, l'arbitrage n'a pas lieu, d'après le principe prévu par l'art. 34 » (la clause compromissoire).

« Le journal du Conseil des Ministres — continue l'arbitre — est contraire à la loi, car même si cette contestation avait existé ce n'est pas le cabinet entier, mais seulement le Ministre des Travaux publics qui peut prendre une décision, au nom du gouvernement ».

« Il est d'autant plus contraire à la loi, qu'en supprimant la contestation, il empêche les débats à l'amiable entre les parties, les transactions, les compromis, et les discussions non pas en droit, mais en équité ».

« Enfin, il est encore contraire à l'esprit de la loi, car au lieu de respecter le principe de l'égalité des parties, le gouvernement, en publiant la décision de résiliation de la concession Salamanca et les motifs qui l'ont déterminé à prendre cette mesure dans le *Journal Officiel*, nuit au crédit du concessionnaire, dresse l'opinion publique contre ce dernier. Il flatte les préventions d'un patriotisme mal compris, met en opposition les intérêts du pays avec les intérêts étrangers et place les arbitres dans la nécessité, non pas de contrôler une simple décision du Ministre des Travaux publics, mais d'annuler un journal du Conseil des Ministres, promulgué par le Souverain et publié dans le *Journal Officiel*. »

Voici un résultat absurde, auquel on arrive par le système qui permet l'arbitrage dans une matière qui ne saurait être confiée à une juridiction autre que celle du contentieux administratif. (Il est inutile de commenter la sentence ci-dessus citée dudit arbitre, tellement elle est absurde et démunie de toute argumentation juridique. Notons seulement qu'en espèce, le gouvernement était dans son droit de résilier le contrat de concession et c'est en ce sens que le litige fut solutionné. En effet, il fut établi que les concessionnaires n'avaient pas rempli les conditions prévues dans l'acte de concession et dans les cahiers des charges, relativement au dépôt du cautionnement à la souscription du capital sociétaire et que les travaux ont été interrompus, les chantiers abandonnés par les concessionnaires, à la suite de ces difficultés financières).

Il faut donc conclure que les arbitres ne pourront à aucun titre examiner la légalité d'un acte administratif. Mais, d'une manière générale, il est impossible d'admettre l'arbitrage dans une matière qui relève du contentieux administratif :

1° Le caractère d'ordre public du contentieux administratif « dérive logiquement du principe de la séparation des pouvoirs » (v. Jacquelin, *Cours de doctorat*, cité par MM. Ferrus, *op. cit.*, (p. 15). On a créé le contentieux administratif pour faire respecter ce principe et pour donner à l'Administration des juges qui assurent et protègent son indépendance. Le législateur en créant le contentieux administratif pour ces motifs « ne peut avoir plus de confiance dans les arbitres que dans les tribunaux ordinaires » (v. M. Ferrus, *ibidem*).

2° L'organisation judiciaire et la juridiction sont un attribut souverain de l'Etat. Les parties ne peuvent « déroger par conventions et dispositions particulières — dit l'art. 5 C. civ. roum. (cf. art. 6

du C. civ fr. qui parle seulement de « conventions » et non pas de « dispositions ») aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

La jurisprudence et la doctrine considèrent à l'unanimité comme règles d'ordre public toutes dispositions qui touchent l'organisation judiciaire, l'ordre hiérarchique des instances et la compétence *ratione materiae* (v. Baudry et Fourcade, t. I, n° 269 ; Alexandresco, *Dr. civ.*, t. I, p. 229 ; Heroveanu, *Proc. civ.*, t. I, p. 67) car ces règles sont relatives à une fonction de la puissance publique faisant partie de l'organisation étatique.

Les différents contrats de compromis et les clauses compromissaires insérés dans les contrats intervenus entre l'Etat et les particuliers en Roumanie, relativement aux travaux publics, n'ont pas pu toucher les règles de compétence prévues dans l'art. 107 de la Constitution et les lois du 23 décembre 1925, 3 août 1929 et 3 janvier 1930 qui ont organisé le contentieux administratif roumain, et fixé la compétence *ratione materiae*. Le législateur roumain, en approuvant ces conventions particulières n'a pas pu créer une dérogation à l'art. 107 de la Constitution.

3° De plus, l'art. 101 de la Constitution de 1866 et l'art. 104 de la Constitution de 1923 édictent solennellement le principe adopté par toutes les constitutions modernes : « Nul tribunal, nulle juridiction contentieuse ne peut être établie qu'en vertu d'une loi. Il ne peut être créé de commissions ni de tribunaux extraordinaires sous quelque dénomination que ce soit. »

Or, par tribunaux extraordinaires on doit entendre les tribunaux qui ne sont pas créés par une loi, ou bien les tribunaux créés par des lois inconstitutionnelles, par exemple les tribunaux pour juger les délits de presse ou délits politiques, alors que la Constitution prévoit le jury dans ces matières. La disposition de l'art. 101 de la Constitution est générale, elle s'applique à tous les cas (v. Dissesco, *Dr. const.*, 3° éd., Buc., 1915, p. 846).

Il en résulte que les lois qui admettraient l'arbitrage sur les questions qui ont été attribuées aux instances du contentieux administratif, doivent être considérées comme inconstitutionnelles.

Donc, les cours arbitrales ne pourront statuer sur la question de la légalité des actes administratifs. Elles ne pourront connaître la demande d'un concessionnaire ou entrepreneur de travaux publics lésé par un acte administratif qui interviendrait pour modifier ou mettre fin au rapport contractuel qui existe entre lui et l'Adminis-

tration, attendu que l'examen des actes administratifs est une attribution souveraine des instances du contentieux administratif organisées par l'art. 107 de la Constitution et les lois du 23 décembre 1925, 3 août 1929 et 3 janvier 1930. Les arbitres devront surseoir à statuer jusqu'à ce que les instances du contentieux administratif aient examiné la légalité des actes administratifs inséparablement liés à l'objet de la contestation. Ainsi la compétence des arbitres sera réduite à la liquidation des comptes finals d'une entreprise ou concession, ou règlement du prix de rachat d'une concession, et d'une manière générale à toutes les contestations relatives aux opérations financières.

DEUXIÈME PARTIE

Les opérations de travaux publics et leur contentieux

CHAPITRE PREMIER

Les opérations préliminaires

1° *L'étude des projets*

Lorsque l'Etat, les départements, les communes ou les établissements publics entreprennent l'exécution de travaux publics, la première chose à faire c'est le plan des ouvrages et leur devis. Ces opérations sont confiées, dans chaque administration, aux agents chargés de la direction des travaux (243). Elles sont d'une importance primordiale, car lorsque les travaux sont confiés pour être exécutés à des entreprises privées, les projets de devis et les plans

(243) D'après les dispositions de la loi roumaine sur l'administration locale aucun travail public ne peut être fait au compte de l'Etat, départements, communes, qu'en vertu de projets et devis préalablement arrêtés et approuvés par les autorités compétentes (art. 418 de la loi du 3 août 1929). Les projets de travaux exécutés pour le compte de l'Etat seront élaborés par les différents services du Ministère des Travaux publics (Règlement du 14 nov. 1929). Pour les travaux des associations départementales, des départements et communes, les études préalables (plans, projets de devis et cahiers des charges spéciaux) seront exécutées par les services techniques départementaux ou communaux. Ils peuvent être confiés à des gens d'art dans les cas où les services techniques seront insuffisants. Les projets des travaux dont la valeur excède certaine somme prévue par la loi citée seront exécutés sous le contrôle du Ministère des Travaux publics (art. 419 de la loi du 3 août 1929). V. encore pour les autres détails les art. 422, 423, 115, 116, 117, 120, 118, 119 et 121 de la loi du 3 août 1929.

arrêtés par les ingénieurs au service de l'Etat forment les éléments de base du contrat d'adjudication. C'est l'objet du contrat. En ce qui concerne les plans des travaux, destinés à être concessionnés, les ingénieurs de l'Etat n'auront d'autre attribution que de rédiger un avant-projet par lequel on fait connaître le tracé général des travaux, les dispositions principales des ouvrages les plus importants et l'appréciation sommaire des dépenses ; indications générales suffisantes pour éclairer l'Administration sur l'utilité des travaux et sur les conditions à imposer aux concessionnaires (v. Christophle, t. I, p. 145).

A l'avant-projet, il sera joint dans tous les cas le mémoire descriptif indiquant le but de l'entreprise et les avantages qu'on peut se promettre, le tarif des droits dont le produit serait destiné à couvrir les frais des travaux projetés (art. 3 de l'ord. du 18 février 1834, circulaire du 14 janv. 1850 ; cf. Christophle, *ibidem*). La rédaction des projets définitifs reste à la charge des concessionnaires. Ces projets sont annexés aux demandes de concession (Christophle, 1145 ; art. 23, 32, 42 de la loi roumaine du 7 juillet 1930, art. 19 de la loi roumaine du 16 mars 1929). Ils seront examinés par l'Administration qui les approuvera ou rejettera, pouvant même les modifier (art. 20 de la loi roumaine du 16 mars 1929).

L'élaboration des plans nécessite le plus souvent des études préalables sur le terrain ; les ingénieurs des services techniques de l'Administration, ou bien les intéressés à obtenir une concession, exécuteront sur les lieux des nivellements, sondages, il lèveront des profils, etc., opérations qui entraînent le plus souvent une occupation temporaire des propriétés privées.

Vu les inconvénients que ces opérations préliminaires peuvent causer au propriétaire, les ingénieurs doivent avoir une autorisation administrative spéciale (Christophle, t. I, p. 143 ; art. 44 et 45 de la loi roumaine du 28 avril 1926 ; art. 6 de la loi du 4 juillet 1924, modifié par la loi du 7 juillet 1930 ; une circulaire du Ministère français des Travaux publics en date du 24 oct. 1853, recommande aux ingénieurs d'éviter tout ce qui pourrait être considéré comme vexation inutile au but de leur mission et de ne jamais agir sans être préalablement munis de toutes les autorisations nécessaires. (v. Christophle, *ibidem*).

2° *L'enquête*

L'avant-projet est suivi par une enquête obligatoirement prescrite pour tous les travaux publics sans distinction entre ceux de l'Etat et ceux des départements, communes ou établissements publics (Ord. du 18 février 1834, loi du 27 juillet 1870, Christophle, 1148) (244).

Elle a comme seul but d'éclairer l'autorité administrative compétente sur l'opportunité des travaux, leur utilité, leur importance pour la région où ils seraient exécutés et les conditions approximatives qu'ils devront satisfaire. Elle doit être distinguée de l'enquête de « comodo et incommodo ». Cette dernière a lieu après que les ingénieurs ou autres gens de l'art chargés de l'exécution des travaux ont levé les plans parcellaires des terrains dont la cession paraît nécessaire. C'est alors qu'une commission administrative présidée par le sous-préfet reçoit les observations des propriétaires froissés dans leurs intérêts. Sur vu du procès-verbal de cette commission, le préfet déterminera par un arrêté motivé les propriétés à exproprier, après avoir obtenu l'avis de l'autorité supérieure pour le cas où des modifications auraient été proposées par la commission (art. 4 et 8 de la loi du 3 mai 1841 ; cf. art. 3 et 7 de la loi roumaine du 17 octobre 1864).

Notons encore que la loi française sur les chemins de fer d'intérêt local du 31 juillet 1913 fait précéder l'ouverture des enquêtes d'un examen des conditions financières qui pourront permettre la réalisation des travaux projetés. C'est une disposition dont on ne saurait trop louer la sagesse. En effet on s'est rendu compte que les mesures administratives peu discrètes surexcitent les désirs d'une population avide de voir sa région dotée d'une ligne de chemins de fer. Ces

(244) D'après l'art. 3 de la loi du 3 mars 1841 (cf. art. 1 et 2 de la loi roum. du 17 oct. 1864) : « Tous les grands travaux publics... entrepris par l'Etat, les départements, les communes ou par entreprises particulières... ne pourront être exécutés qu'en vertu d'une loi (décret) qui ne sera rendue qu'après une enquête administrative. » Cependant il est évident que certains travaux de moindre importance ou les travaux d'entretien et réparations ordinaires qui sont exécutés dans chaque département sous la direction des ingénieurs et ordonnés par le préfet peuvent être exécutés sans une enquête préalable et sans déclaration d'utilité publique (Christophle, I.150, en interprétant l'art. 3 de l'ordonnance du 27 mai 1829 qui établit cette distinction). En effet la déclaration d'utilité publique n'a d'autre but que de constater l'utilité des travaux en vue de l'ouverture des crédits nécessaires et pour armer l'Administration du droit de recourir à l'expropriation s'il est nécessaire.

préparatifs peuvent facilement être considérés par la population comme une véritable promesse de la part du gouvernement. Le législateur a voulu donc éviter les déceptions des citoyens en soumettant l'administration à l'obligation de faire un examen préalable des dépenses probables et des moyens financiers qui permettraient la réalisation de ces travaux publics (v. Courcelle et Debaue, *Travaux publics*, II.1170).

3° *L'approbation des projets. La déclaration d'utilité publique*

L'enquête d'utilité publique est suivie de l'approbation des projets (245) par l'autorité compétente et la déclaration d'utilité publique.

L'exécution des travaux publics est soumise à une approbation *préalable*, qui a pour but d'arrêter définitivement les projets, de décréter leur utilité publique habituellement par l'acte même d'autorisation des travaux, et d'ouvrir les crédits nécessaires à leur réalisation.

Nous avons vu que le Conseil d'Etat en admettant la gestion d'affaires en matière de travaux publics a dû abandonner la théorie de l'autorisation préalable comme critérium de l'ouvrage public. La portée de cette jurisprudence n'est pas de rendre inutile l'autorisation normalement donnée par l'administration mais d'admettre une approbation *ultérieure des travaux*, à la suite de l'action en justice du gérant d'affaires qui tend à se faire rembourser le prix des travaux exécutés par lui pour le compte et au profit incontestable de l'administration.

En ce qui concerne l'ouverture des crédits, la loi sur la comptabilité publique prévoit que l'exécution des travaux ne peut être commencée avant que les autorités compétentes n'établissent définitivement leur prix à la base des évaluations et devis contrôlés par les services techniques de l'Etat et avant que le Ministre des Finances n'ait assuré les crédits nécessaires jusqu'à l'accomplissement des travaux.

(245) Le projet définitif contiendra : 1. Un mémoire sur l'utilité des travaux ; 2. Le devis ou le cahier des charges spécial ; 3. L'avant métré ; 4. Le bordereau de prix ; 5. Le détail estimatif ; 6. Les plans et les croquis. Si les travaux nécessitent l'expropriation on ajoutera à ce projet : un bordereau des indemnités offertes par l'Administration, les plans parcellaires des terrains à exproprier (pour les détails, voir Christophle, I, pp. 145, 281 et suiv.).

Les travaux plus importants qui nécessitent l'ouverture de crédits extraordinaires sont autorisés par une loi. Cette loi sera précédée de l'enquête administrative préalable dont nous avons parlé ci-dessus. Les projets de ces travaux seront approuvés par le Conseil des Ministres sur le rapport du Ministre du ressort et l'avis des Ministres des Travaux publics et des Finances.

Les concessions seront également accordées par une loi ou Décret Royal (Décret du Président de la République) donné sur un journal du Conseil des Ministres.

La déclaration d'utilité publique constitue le fondement légal de tous les sacrifices imposés aux particuliers dans l'intérêt commun. Elle est la base légale de l'expropriation des terrains des particuliers dont l'acquisition est nécessaire en vue de l'exécution de travaux publics.

Nous avons vu également que l'acte déclarateur d'utilité publique manquait lorsqu'il s'agit de travaux de moindre importance ou de l'entretien des travaux. Le Conseil d'Etat en élaborant la définition des travaux publics a donc éliminé cet élément impropre à donner un critérium valable pour tous les travaux publics.

La déclaration d'utilité publique se fait par une loi, un décret ou une décision de l'autorité compétente.

Le législateur roumain établit une triple classification concernant la déclaration d'utilité publique : pour les travaux d'intérêt général la déclaration d'utilité publique est de l'attribution du pouvoir législatif (art. 1^{er} de la loi du 17 octobre 1864). Les travaux d'intérêt général sont énumérés dans l'art. 17 de la Constitution. Leur utilité sera constatée par des lois votées par une majorité de 2/3.

L'utilité publique des travaux concernant un ou plusieurs départements sera déclarée par les Conseils départementaux (généraux) respectifs, sauf en cas de divergence, par les Comités de révision (art. 225, 314 et 569 de la loi du 3 août 1929). L'approbation de l'autorité tutélaire est toujours nécessaire.

En ce qui concerne les travaux d'intérêt purement communal, la déclaration d'utilité publique est faite par les conseils communaux sous le contrôle de l'autorité tutélaire (art. 104 de la loi du 3 août 1929).

La déclaration d'utilité publique autant qu'elle n'est pas faite par une loi, est susceptible de former l'objet d'un recours en excès de pouvoir en cas de la violation de la loi d'incompétence de l'autorité de qui l'acte émane, ou lorsque la déclaration n'est pas rendue dans

les formes prescrites par la loi et finalement quand l'autorité compétente a commis un détournement de pouvoir en déclarant d'utilité publique des travaux qui ne présentent pas ce caractère (v. Laferrière, I, p. 6, Berthelemy, 9^e édit., p. 46, Negulesco, p. 343, Teodoresco, p. 376, Crutzesco et Vântu, pp. 77 et suiv., Appel Bucarest, déc. n° 221 du 12 avril 1930, Cass. III, déc. n° 60, du 13 novembre 1930, citées par MM. Crutzesco et Vântu, *op. cit.*, pp. 84 et suiv.).

CHAPITRE II

L'exécution des travaux publics

TITRE PREMIER. — LES DIFFÉRENTS MODES D'EXÉCUTION DES TRAVAUX PUBLICS

Les travaux publics peuvent s'exécuter par différents modes qui varient en ligne générale selon que l'administration exécutera les ouvrages : *a*) par ses propres moyens ; *b*) en collaboration avec les particuliers, ou bien *c*) en confiant à des entrepreneurs ou concessionnaires l'exécution des travaux pour son compte.

A cette triple division correspondent les modes d'exécution suivants :

A) La régie (par économie, simple, autonome ou la régie publique commerciale, coopérative simple).

B) 1. La régie intéressée (mixte). 2. La régie coopérative mixte.

C) 1. L'entreprise. 2. La concession.

Il faut enfin mentionner l'immiscion des particuliers en dehors de tout lien contractuel avec l'administration, dans les opérations de travaux publics ; la gestion d'affaire. D'autre part les particuliers interviennent encore dans les opérations de travaux publics par les offres de concours faites pour aider l'administration dans sa tâche, en s'engageant à lui fournir certains avantages en nature ou en argent pour l'inciter à réaliser les travaux en question.

§ 1^{er}. — *La régie*

On distingue plusieurs régies : *a*) par économie ; *b*) simples ; *c*) autonomes (régies publiques commerciales) ; *d*) coopératives simples ; *e*) régies intéressées (mixtes) ; *f*) coopératives mixtes, selon les différents organes administratifs chargés à diriger les opérations

de travaux publics, ou bien selon la forme des associations constituées pour exécuter les travaux et exploiter les services publics. Dans cette dernière signification, le mot « régie » désigne les personnes juridiques ayant une gestion autonome existant dans les cadres de l'administration ou en dehors d'elle, créés par la loi pour assurer une exploitation publique (v. la loi roumaine sur l'organisation et l'administration sur base commerciale des entreprises et des biens publics du 9 janvier 1930).

D'autre part, la régie comme forme d'exploitation publique n'est naturellement pas limitée aux travaux publics, elle est encore le moyen pour assurer le fonctionnement d'un service public, ou bien d'exploiter une entreprise de caractère privé de l'Etat ou d'autres personnes juridiques de droit public, par exemple la régie des monopoles, etc...

Dans la *régie par économie*, qui n'est employée que s'il est question de travaux de moindre importance, les ouvrages s'exécutent sous les ordres directs et la direction immédiate des agents de l'administration, sans qu'ils perçoivent des appointements spéciaux de ce chef.

Dans la *régie simple* les travaux sont, par contre, dirigés par un agent qui est rétribué par un salaire fixe pour cette activité.

La régie est *intéressée* (mixte) lorsque le conducteur des travaux n'est plus un agent de l'administration, mais un particulier, une sorte d'entrepreneur qui reçoit comme rémunération une part des bénéfices, et une certaine somme comme prix de location s'il fournit le matériel, les outils, machines, etc. Il y a également régie mixte lorsque pour exécuter des travaux publics, l'administration s'associe avec des particuliers, en société anonyme, en partageant les bénéfices qui peuvent résulter de l'exploitation du travail public achevé.

La régie est *autonome* (régie publique commerciale) lorsque l'exécution des travaux et l'exploitation du service public sont confiées à des personnes juridiques ayant une gestion autonome, formée dans le cadre de l'administration et placée sous son contrôle.

Lorsque les personnes juridiques de droit public s'associent avec des sociétés coopératives pour exécuter des travaux publics, on a la *régie coopérative mixte*. Il peut encore arriver que les personnes juridiques de droit public se groupent entre elles d'après les règles des coopératives pour exécuter des travaux publics, nous sommes alors en présence d'une *régie coopérative simple*.

La question de la nature juridique de la régie mixte a été soulevée dans un procès célèbre en Roumanie : *l'affaire des tramways de Bucarest* qui est connue plutôt en ce qui concerne un second problème juridique qu'elle a soulevé, à savoir si un tribunal roumain a-t-il ou non la possibilité d'écarter l'application d'une loi qui serait contraire à la constitution (246).

Voici l'affaire :

Le service des transports en commun de la ville de Bucarest, assuré pendant longtemps par des tramways à traction animale, ne correspondait plus aux exigences d'un trafic de plus en plus important et au progrès de la technique moderne.

La création de nouvelles lignes à traction électrique fut un problème primordial pour la Capitale. Le maire de Bucarest, feu Vintila Bratiano, un des hommes d'Etat les plus éminents de la Roumanie et ingénieur lui-même, voulait donner une solution définitive à ce problème. Trouvant que la régie intéressée est la forme la plus avantageuse de l'exploitation de ce service public, Vintila Bratiano propose au Conseil municipal l'adoption de la régie, et la constitution d'une Société formée par la Municipalité et les particuliers. La proposition du maire fut adoptée par le Conseil municipal qui l'autorisa à demander l'approbation du gouvernement.

Des difficultés se sont élevées bientôt du fait que les lois roumaines de cette époque interdisaient la régie intéressée.

En effet la loi sur la comptabilité publique du 21 mars 1903 ne permettait pas les associations formées entre les particuliers et l'Etat, département et les communes en vue d'exploiter un service public.

Pour trancher cette difficulté on a voté la loi du 14 avril 1909 qui, dérogeant à la loi sur la comptabilité publique, organisa la régie

(246) V. sur le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en Roumanie par rapport à l'affaire des tramways de Bucarest : note de M. Berthelémy dans *Sirey* 1912.4, *Jurispr. étrangère*, pp. 9 et suiv., et D. P. 1912.2.203 et suiv. ; V. Oresco : *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en Roumanie*, thèse, Paris, 1929 ; G. Alexianu : *Cours de droit const. român.*, Buc., 1930, t. 1^{er}, pp. 309-317 et les notes ; Le plaidoyer de M^e S. Rosenthal, *P. R.* 1923.1.65, l'annotation de M. Basilescu dans *C. J.* n° 13/1912, pp. 145 et suiv. ; Berthelémy-Jèze : Mémoire, dans la *R. D. P.*, t. XXIV, 1912, pp. 189 et suiv. ; Larnaude : *Inconstitutionality of laws if the sanctioning sale* (titre de la traduction roumaine publiée dans *Dreptul* 1912, p. 457) ; Les sentences du Trib. d'Ilfov, II, déc. n° 119 du 2 fév. 1912, *C. J.* 1912, p. 152, et de la Cour de cassation : Cass., 1^{er} déc. n° 261/1912, *C. J.* 1912, p. 374, etc.

intéressée des tramways de Bucarest, sous la forme d'une société anonyme.

La société des tramways de Bucarest, constituée conformément à la loi du 14 avril 1909 après l'approbation de ces statuts par le Conseil Municipal et le Conseil des Ministres, commence immédiatement les travaux de construction des nouveaux réseaux de tramways électriques, d'après le projet approuvé par le Conseil Municipal. Elle fonctionne régulièrement jusqu'en 1911 quand un conflit éclate entre cette nouvelle société et les anciens concessionnaires qui refusaient de permettre le croisement de leur réseau par les rails électriques.

La Société municipale mit en cause le Conseil municipal — dont les membres ont changé depuis à la suite des événements politiques — qui refusa son concours. De plus le Conseil municipal, par une décision du 8 juillet 1911, déclare la Société illégalement constituée et invite le maire à demander au Gouvernement l'abrogation par le pouvoir législatif de la loi du 14 avril 1909, et d'établir la régie simple.

Sur cette décision et sur le rapport du Ministre de l'Intérieur, le Conseil des Ministres, par son journal n° 905 de 1911 révoque l'approbation donnée au statuts de la Société, en les déclarant nuls. La décision du Conseil des Ministres fut communiquée à la Société par le maire de la Capitale, tandis que le Préfet de police, sur les ordres du Ministre de l'Intérieur, arrête les travaux de la Société en cours d'exécution dans les rues de Bucarest.

Le Ministre de l'Intérieur motive ces mesures par les considérations suivantes :

a) que la constitution de la Société des tramways de Bucarest est entachée de vices, car on n'a pas respecté les prescriptions du Code de commerce pour les Sociétés anonymes ; ce qui entraîne la nullité de cette Société, et

b) que certaines dispositions des statuts sont contraires à la loi du 14 avril 1909, notamment le monopole pour la Société d'exploiter les lignes de tramways électriques et la cession gratuite par la Commune des anciens réseaux de tramways à traction animale.

Au procès qui suivit cet incident, les deux parties mettaient en face les prétentions suivantes : La Municipalité arguait que la Société des tramways n'a pas la qualité d'ester en justice ; la loi du 14 avril 1909 a autorisé seulement la constitution de la S. C. T. B., mais sa constitution n'a pu avoir lieu faute d'avoir accompli les formalités

prévues par le Code de commerce. Par contre, la Société soutenait que la Société fut déclarée constituée par la loi du 14 avril 1909, elle-même.

Vu l'importance des intérêts en jeu, les deux parties ont demandé des consultations aux plus éminents juristes contemporains (247) dont l'érudition a largement contribué à la solution de ce litige. Voici les deux thèses antagonistes :

a) *Les arguments de la Municipalité*

1° La prétendue Société Communale des tramways de Bucarest n'a aucune existence légale. Elle n'existe pas, elle n'a jamais existé, du fait de la loi du 14 avril 1909, qui s'était bornée à *autoriser*, c'est-à-dire à préparer la création d'une Société future. Elle n'existe pas davantage en vertu du Code de commerce, puisque les règles essentielles auxquelles il subordonne la constitution des Sociétés anonymes, et auxquelles il n'avait pas été dérogé en sa faveur, ont été méconnues.

2° Les statuts de la Société Communale des tramways de Bucarest contiennent des clauses contraires aux dispositions du Code de commerce roumain et à celles de la loi spéciale du 14 avril 1909, notamment l'aliénation de la jouissance des voies de Bucarest et la cession gratuite à la Société des lignes existantes (248).

b) *Arguments de la Société Communale des Tramways de Bucarest*

1° Les dispositions du Code de commerce relatives aux Sociétés commerciales ne peuvent être appliquées à la Société Communale des Tramways de Bucarest. Par sa nature et sa desti-

(247) V. *Consultation donnée à la Ville de Bucarest*, par MM. Charles Lyon-Caen, Edmond Thaller, Marcel Planiol et André Weiss, professeurs à la Faculté de Droit de Paris (texte français et roumain, dans *Afacerea Tramvaelor Comunale*, Buc., éd. G. A. Lazareano, 1911, p. 77) ; *Consultations pour la « Société Municipale des Tramways de Bucarest » contre les prétentions de la commune de Bucarest*, par MM. H. Berthelémy (dans *Chestiunea Tramvaelor Comunale*, Buc., 1911, pp. 1-45), *Gutachten über die Rechtslage der « Société Municipale des Tramways de Bucarest »*, von Otto-von Gierke (*ibidem*, pp. 47-93), *Parere per la Società Municipale dei Tramways di Bucarest sulla vertenza con la città di Bucarest et il Governo Rumeno* da Enrico Scialoja (*ibidem*, pp. 95-137), *Pro veritate*, da Alberto Marghieri (*ibidem*, pp. 140-147).

(248) V. *Consultation* de MM. Ch. Lyon-Caen, Ed. Thaller, M. Planiol et A. Weiss, *loc. cit.*, p. 52.

nation la S. C. T. B. diffère des sociétés commerciales régies par le Code de commerce. En effet, il ne s'agit pas d'une simple société commerciale, ayant un but purement lucratif, mais d'une société constituée directement par une personne juridique de droit public, la Commune de Bucarest, dans un but essentiellement public, celui d'assurer un bon service public. Les bénéfices matériels que ce service pourrait réaliser ne sont qu'une préoccupation secondaire. La loi spéciale du 17 avril 1909 qui créa la régie intéressée des tramways de Bucarest s'est inspirée de ce principe (249).

La validité des actes de constitution de la Société Communale dépend uniquement de l'accomplissement des formalités prévues par la loi spéciale du 17 avril 1909. Il est impossible d'admettre la prétention de la Municipalité selon laquelle la S. C. T. B. aurait été obligée d'accomplir d'autres formalités pour la validité de sa constitution ; notamment celles qui sont prévues par le Code de commerce pour les Sociétés privées. Si la loi spéciale avait voulu cela, elle l'aurait prévu textuellement (250).

2° L'intervention d'une loi spéciale expressément promulguée pour créer et réglementer une Société de régie intéressée prouve l'existence d'un « *jus singulare* » qui devra exclusivement la gouverner. Cette loi spéciale écartera l'application des règles de droit commun ; cela, en vertu du principe fondamental de droit, introduit dans les législations de tous les pays et de toutes les époques, savoir que le « *jus singulare* » déroge au « *jus commune* » étant en opposition avec ce dernier sur différents points, empêchant et rendant inutile son application : « *Jus singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est* » (Paul, Digestae, L. 16 de legibus : I. 3) « *In his quae contra rationem juris constitutae sunt, non possumus sequi regulam juris* » (Julien, Digestae, L. 16 eod. tit.) (251).

Ce principe constitue une règle fondamentale du droit qui hérite du Droit romain, fut maintenu par toutes les législations postérieures. Il suffit par lui-même à nous prouver qu'on ne peut ni invoquer ni appliquer les règles de droit commun dans les questions qui forment l'objet d'un « *jus singulare* ». En ce qui concerne l'affaire dont il s'agit, il est évident que dès qu'il existe en

(249) V. Scialoja, *Consultation*, loc. cit., pp. 113-115 ; Gierke, loc. cit., pp. 65-69.

(250) V. Gierke, *Consultation*, *ibidem*.

(251) V. Scialoja, *Consultation*, loc. cit., p. 101.

faveur de la S. C. T. B. un « *jus singulare* », la loi spéciale qui le réglemente, il est impossible d'invoquer le droit commun et d'en demander son application. Pour que la Société Communale soit valablement constituée il est suffisant d'observer les dispositions de la loi spéciale, ce que d'ailleurs la S. C. T. B. n'a pas négligé (252).

3° L'intention du législateur de déroger au droit commun résulte du fait que la loi du 17 avril 1909 prévoit les règles à observer relativement à la constitution et au fonctionnement de la S. C. T. B. En effet une longue série de dispositions est prévue à cet effet dans les art. 1-7 de ladite loi, et ces règles sont tout-à-fait différentes de celles qui sont édictées par le Code de commerce relativement aux conditions requises à la création et au fonctionnement des Sociétés commerciales. Mais même si la loi n'avait pas expressément dérogé au droit commun, du simple examen des règles prévues par le Code de commerce pour la constitution des Sociétés commerciales, il résulte qu'elles ne peuvent être appliquées aux Sociétés de droit public. En effet le Code de commerce demande à toute Société en formation l'autorisation du Tribunal de commerce précédée de l'avis de la Chambre de commerce. Or, il est tout-à-fait absurde qu'une Société, ayant pour but de desservir un intérêt public, et créée par la volonté expresse du législateur, par une loi spécialement votée à cet effet, soit soumise à l'approbation de l'autorité judiciaire et à l'avis d'une Chambre de commerce. Il est donc évident que le législateur n'a pas entendu soumettre la S. C. T. B., dont la constitution fut autorisée par lui, aux règles communes du Code de commerce. Par ailleurs, les conditions requises par la loi du 17 avril offrent des garanties aussi sérieuses que celles prévues par le Code de commerce (253).

4° Le caractère public de la Société résulte encore de certaines dispositions de la loi du 17 avril 1909, comme par exemple celle qui prévoit que les statuts de la S. C. T. B. seront élaborés par le Conseil Municipal et approuvés par le Conseil des Ministres. De plus, il est prévu dans les statuts que les installations, les lignes construites et le matériel roulant rentreront gratuitement dans le patrimoine de la Commune à l'expiration du contrat de Société (254).

(252) V. Scialoja, *Consultation*, loc. cit., pp. 101-103.

(253) V. Scialoja, *Consultation*, loc. cit., p. 119.

(254) V. Scialoja, *Consultation*, loc. cit., pp. 113-115.

5° La Municipalité avait certainement le droit d'aliéner la jouissance partielle des voies de Bucarest. Le contester serait nier la possibilité de toutes concessions, de tout contrat formé avec une administration publique (255).

En conclusion, la S. C. T. B. montre que la décision du 8 juillet 1911 du Conseil Municipal viole les engagements qu'il a contractés envers elle. La Commune a sollicité l'abrogation de la loi qui l'avait autorisée à constituer la S. C. T. B. sans se soucier le moins du monde du caractère antijuridique d'un tel agissement et du caractère anticonstitutionnel de la loi qu'elle réclame (256).

(255) V. Berthelémy, *Consultation, loc. cit.*, p. 20.

(256) En effet, avant que les débats sur le fond soient épuisés une nouvelle loi fut votée, la loi du 18 déc. 1911, qui, par son art. 1^{er}, décrète que la Société des Tramways de Bucarest ne pourra fonctionner qu'en vertu de nouveaux statuts qui font partie intégrante de ladite loi, et qui remplaceront les statuts annulés par le Conseil des Ministres. L'art. 2 de la loi dispose la convocation d'une assemblée générale d'actionnaires qui décidera si elle accepte ou non les nouveaux statuts. Au cas de refus de la part des actionnaires, l'art. 4 et suiv. autorisent la Municipalité à constituer une nouvelle Société en invitant les actionnaires à se faire rembourser la valeur nominale de leurs titres à un taux de 6 % dans la mesure où la Municipalité en demanderait le rachat, ou bien, de faire valoir leurs prétentions à des dommages-intérêts devant les instances compétentes. A la suite de l'intervention de cette loi les représentants de la Municipalité demandèrent l'ajournement du procès intenté par la S. C. T. B. jusqu'à ce que les actionnaires décident s'ils acceptent ou non les nouveaux statuts, d'autant plus — dit la Municipalité — que la Société actuelle n'existe plus, donc ne peut ester en justice, étant supprimée par la loi du 18 déc. 1911. Les représentants de la S. C. T. B. s'opposent à cette demande d'ajournement en alléguant que la loi du 18 déc. 1911 est contraire à la Constitution et, par conséquent, ne peut être appliquée. En effet le législateur — disent les avocats de la S. C. T. B. — a violé le principe de la séparation des pouvoirs proclamé par les art. 14, 31 et 32 de la Constitution, en tranchant par une loi les questions litigieuses qui faisaient l'objet du procès en instruction devant le tribunal. Elle viole encore l'art. 18 de la Constitution car la loi du 18 déc. 1911 exproprie à la fois la Société de son patrimoine et les actionnaires de la propriété de leurs actions, en dehors des cas limitativement prévus par l'art. 18 de la Constitution. A quoi les représentants de la Municipalité ont répliqué que le Tribunal n'a pas la compétence d'examiner si une loi est ou non contraire à la Constitution, car en procédant de la sorte le pouvoir judiciaire empièterait sur le législatif qui est seul et souverain pour apprécier cette question. Le Tribunal en examinant la demande d'ajournement formulée par la Municipalité a dû se prononcer sur les questions suivantes : 1. S'il a le droit de juger la constitutionnalité d'une loi en refusant son application dans le cas où elle serait contraire à la Constitution ; 2. Dans le cas affirmatif, examiner la constitutionnalité de la loi du 18 déc. 1911. Cet incident fut vidé par les fameux arrêts du Trib. d'Ilfov (II, déc. n° 119 du 2 fév. 1912, *C. J.* 1912, p. 152) et de la Cour de cassation (1^{er} déc., n° 261/1912, *C. J.* 1912, p. 374) qui consacrent en Roumanie le contrôle juridictionnel de la constitution-

Voilà donc les deux thèses diamétralement opposées : d'une part une conception étroite suivant laquelle on veut faire appliquer les règles du droit commun au domaine du droit public ; on veut soumettre les personnes juridiques de droit public à un régime qui ne doit gouverner que les relations entre les personnes privées, et d'autre part une conception juste selon laquelle l'activité des personnes juridiques de droit public menée dans le but d'assurer les intérêts publics ne doit être régie que par le « *jus singulare* ». Les raisons d'être de ce *jus singulare* résident dans la conception finaliste qui domine le droit public ; dans l'espèce le but d'une Société privée qui poursuit uniquement la réalisation de bénéfices matériels ne saurait être comparé avec le but poursuivi par une Société de régie intéressée par l'intermédiaire de laquelle les personnes juridiques de droit public assurent l'intérêt collectif.

Rien qu'en regardant la personnalité de ces sommités du monde juridique, protagonistes de ces deux conceptions opposées, on voit d'une part le groupe des éminents représentants du droit privé (comme MM. Ch. Lyon-Caen, Ed. Thaller, M. Planiol), et d'autre part de doctrinaires du droit public parmi les plus réputés (comme MM. Berthelémy, Gierke, Scialoja). Or, il est certain qu'on ne trouve toujours la même conception chez les juristes pénétrés par l'esprit du droit commun que chez les auteurs de droit public.

C'est pourquoi le jugement rendu dans cette affaire par un tribunal civil se ralliant à la conception du droit public, mérite tout intérêt et approbation :

« Le Tribunal... Vu l'action intentée par la Société Communale des Tramways... Attendu, que la S. C. T. B. a été constituée par la loi spéciale du 14 avril 1909 d'après laquelle la Municipalité de Bucarest est autorisée à fonder une Société municipale pour la construction et l'exploitation des nouvelles lignes de tramways et aussi pour la transformation et l'exploitation des lignes existantes, après l'expiration de la concession de ces lignes, qu'en vertu de l'art. 3 de ladite loi les statuts de la Société devaient être approuvés par le Conseil Municipal et le Conseil des Ministres, que ni la loi spéciale ni les statuts ne font mention de la nécessité d'observer l'accomplissement des formalités prévues par le Code de commerce pour la constitution et la publication de cette Société, qu'il n'est pas à

nalité des lois. Après avoir tranché cette question le tribunal est entré dans l'examen du fond de l'affaire.

croire que le législateur, vu le mode spécial de la constitution de cette Société, aurait entendu d'appliquer dans l'espèce les formalités prévues par le Code de commerce pour les Sociétés anonymes, car il aurait été vain de demander l'avis de la Chambre de commerce et l'approbation du Tribunal (art. 138 du C. de com. roum.) lorsque la nécessité de la Société était établie par la loi.

Dé même, il serait inadmissible de requérir l'accomplissement d'autres formalités prévues par le Code de commerce ; par exemple d'authentifier l'acte de souscription (art. 131 du C. de com. roum.) lorsque cette souscription est faite devant l'autorité administrative...

Considérant, qu'ainsi, le législateur, en autorisant la création de la S. C. T. B. par la loi du 14 avril 1909, et en disposant que les statuts seront arrêtés par l'autorité publique spécialement désignée, avait entendu que cette Société était constituée uniquement d'après les formalités spéciales prévues par la loi et les statuts, en écartant ainsi l'application des dispositions respectives du Code de Commerce ;

Attendu, que la S. C. T. B. a été régulièrement constituée ;

Attendu que le *Journal du Conseil des Ministres*, n° 905-1911, par lequel ledit Conseil revient sur son journal n° 633-1909 et révoque l'approbation des statuts de S. C. T. B., est inopérant ;

Attendu, qu'au nom du Ministre de l'Intérieur il a été allégué la nullité de la S. C. T. B. pour le motif que certaines dispositions des statuts, celui, par exemple, qui prévoit le droit exclusif de ladite Société de construire et d'exploiter les tramways de Bucarest, seraient contraires à la loi du 14 avril 1909 ;

Attendu qu'en ce qui concerne le droit exclusif de la S. C. T. B. il est tout à fait naturel qu'il soit réservé en sa faveur, car la Commune étant associée à ladite Société, on ne saurait concevoir que la Municipalité se réserve le droit de s'établir une concurrence directement ou indirectement ;

Qu'il est ainsi à expliquer également les dispositions du cahier des charges selon lequel la Société est tenue de construire dans les conditions prévues, d'autres lignes dans la mesure où la Commune en demanderait ;

Attendu, qu'en ce qui concerne les anciennes lignes, la loi de 1909 prévoit qu'elle seront transformées en lignes électriques par la S. C. T. B., il est donc aussi évident que ces lignes sont entrées dans le patrimoine de ladite Société, car c'est en échange de cette

cession que la Commune participera à une partie des bénéfices, ainsi qu'il est prévu par la loi de 1909 ;

Attendu, que même lorsqu'une disposition des statuts serait contraire à la loi de 1909, il n'y a pas nullité du contrat d'association, mais seulement de la clause en question ;

Qu'ainsi la S. C. T. B. ayant une personnalité juridique a pleinement la qualité d'ester en justice et de soutenir ces prétentions... », etc. (Trib. d'Ilfov., II, déc. n° 287 du 30 avril 1912, C. J. 1912, pp. 446-453, sentence rédigée par MM. Algiu, C. Bossie avec l'opinion séparée de M. Gh. Pop-Serbanesco).

La régie intéressée fut réglementée d'une manière générale par la loi du 6 janvier 1924, modifiée par la loi du 9 janvier 1930. On peut citer comme exemple de régie intéressée la « Société Anonyme Roumaine des Téléphones » créée par la collaboration entre l'Etat et la Société « International Telephone and Telegraph Corporation » de New-York (Loi du 3 juillet 1930, M. O., n° 146, p. 5054).

§ 2. — L'entreprise

L'entreprise ou marché de travaux publics est un *contrat administratif*, ayant comme base le louage d'ouvrage (*locatio-conductio operis*) (257) par lequel un homme de métier (l'entrepreneur) s'engage à exécuter un travail public pour le compte de l'administration, moyennant un prix convenu.

C'est un contrat synallagmatique commutatif et « *intuitu personae* » qui est régi par des lois spéciales, règlements ou les cahiers des charges et par la convention des parties (258).

(257) La « *locatio-conductio operis* », qu'on rencontre au VI^e siècle de Rome, a été empruntée au droit public. Elle avait pour objet l'exécution des travaux publics (v. Ed. Cuq.: *Manuel*, p. 480 et les notes n^{os} 2, 3).

(258) Les dispositions spéciales qui régissent en France les marchés de travaux publics et fournitures sont insérées dans le décret du 18 mars 1882 en ce qui concerne les travaux de l'Etat, l'ordonnance royale du 14 nov. 1837 en ce qui concerne les travaux des communes et les établissements publics. D'autre part, chaque Administration établit des règles identiques pour tous les marchés de travaux publics de cette Administration : ce sont les cahiers des clauses et conditions générales pour les marchés de travaux publics, par exemple le C. C. C. G. des ponts et chaussées du 16 nov. 1866 qui ont servi comme type aux autres Adminis-

Il en résulte que l'entreprise de travaux publics a comme source de droit les actes suivantes :

1° Le contrat ;

2° Le cahier des clauses et conditions générales pour les entreprises de travaux publics, arrêtées spécialement par chaque administration (cahier des Ponts et Chaussées, du Génie Militaire, des Chemins de fer, etc.) et exigées pour toutes les entreprises de travaux publics de cette administration ;

3° Le cahier des charges spéciales, qui est la description détaillée et circonstanciée de toutes les parties d'un travail adjugé (profils en long et en travers, la description des ouvrages accessoires, les indications des lieux d'extraction des matériaux, de leur qualité, préparation, etc.). Il contient également le mode d'exécution des travaux, la manière d'évaluer les ouvrages, etc.

Le cahier des clauses et conditions générales pour les entreprises de travaux publics prévoient les règles suivantes à observer pour les marchés de l'Etat, départements et communes (Décret du 26 novembre 1892) (259) :

a) *L'adjudication des travaux*. — Tous les contrats d'entreprise de travaux publics doivent être conclus sur adjudication publique, conformément à l'art. 70 et suiv. de la loi sur la comptabilité publique du 31 mars 1864, modifiée par la loi du 21 mars 1903

trations (v. Christophle, I, n° 94). *En Roumanie* : les dispositions qui régissent les entreprises de travaux publics, en dehors des règles dispersées dans la loi sur la comptabilité publique sont insérées dans le Règlement du 19 février 1866 (*M. O.*, n° 55 du 8 mars 1866, p. 280) ; Conditions générales pour entreprises de travaux publics, sanctionnées par le *D. R.* n° 3740 du 26 nov. 1892 (*M. O.* n° 192 du 1^{er} déc. 1892) modifiées par le *D. R.* n° 1717/1927 et publiées dans le *M. O.* n° 147 du 7 juillet 1927. Ce cahier des clauses et conditions générales, qui fut le cahier des ponts et chaussées, est adopté textuellement par les autres Administrations.

Notons comme cahier des charges spéciaux, en Roumanie : Ministère des Communications, Direction Générale des constructions des chemins de fer : 1. Cahier des charges pour l'exécution des tunels ; 2. Cahier des charges pour l'exécution des terrassements à ciel ouvert des tronçons d'accès des tunels ; 3. Conditions spéciales pour l'exécution des bâtiments ; 4. Ministère de l'Intérieur : Cahier des charges pour l'exécution des plans des municipalités et villes de Roumanie ; 5. Ministère de l'Armée : Direction des domaines militaires et du casernement : Cahier des charges des bâtiments de l'armée, etc.

(259) Ces règles sont identiques à celles édictées en France par le cahier des clauses et conditions générales des ponts et chaussées du 16 nov. 1866,

et des lois postérieures et l'art. 417 de la loi du 3 août 1929 (cf. en France l'art. 1^{er} du décret du 4 décembre 1836 et du décret du 18 novembre 1882).

Néanmoins des marchés de gré à gré pourront être passés pour : 1° les travaux dont le prix n'excède pas un certain minimum fixé par l'art. 71 de la loi du 21 mars 1903 (et les modifications postérieures, v. aussi l'art. 416 de la loi du 3 août 1929) ; 2° lorsque les circonstances exigent que les opérations du gouvernement restent secrètes ; les marchés sont alors préalablement autorisés par le Roi sur un rapport spécial du Ministre compétent ; 3° les travaux de précision dont l'exécution ne peut être confiée qu'à des artistes ou industriels éprouvés ; 4° les travaux qui n'ont pas été l'objet d'une offre dans deux adjudications, ou à l'égard desquels il n'a été proposé que des prix inacceptables ; toutefois lorsque l'administration a cru devoir arrêter et faire connaître un maximum de prix elle ne doit pas dépasser ce maximum ; 5° les marchés de gré à gré pourront être encore conclus en cas d'urgence évidente, provoquée par des circonstances imprévues ne permettant pas d'attendre les délais de l'adjudication ; 6° les travaux qui ne sont faits qu'à titre d'essai ou d'étude (v. art. 71 de la loi sur la comptabilité publique du 21 mars 1903 ; cf. en France : art. 18 du décret du 18 novembre 1882, V. Pand. Fr. Rep., V^o Adj. adm. (Etat) n° 1027).

Ces exceptions à la règle édictée par la loi sur la comptabilité publique qui prévoit l'obligation de faire précéder tous les contrats qui donnent naissance à un revenu ou dépense au compte de l'Etat par une adjudication, ont été partiellement l'objet des critiques de la part de la doctrine (260). En effet la règle de la concurrence et de la publicité des marchés est un principe de droit public qui doit être rigoureusement observé (261). Or la loi

(260) V. Christophle, I, p. 162.

(261) « Toutes les affaires, disait le Ministre de l'Intérieur dans son rapport à l'Empereur sur le décret de décentralisation en date du 29 avril 1861, doivent être traitées au grand jour, surtout quand il s'agit de travaux et fournitures. Toutes les entreprises doivent être adjugées sous les yeux des populations et sous l'aiguillon de la liberté des enchères. Publicité et concurrence, voilà, malgré les assertions contraires, les meilleures règles en pareille matière ; et je connais trop les intentions de Votre Majesté pour ne pas être sûr, à l'avance, qu'elle condamnerait toute mesure qui aurait pour effet de restreindre dans son application le

du 21 mars 1903 donne les moyens à une administration peu scrupuleuse d'éluder ce principe pour favoriser certains entrepreneurs. Il y a sans doute des cas où la règle de la publicité et de la concurrence doit ou peut être écartée. C'est par exemple lorsqu'il s'agit de travaux ou de fournitures en vue de satisfaire les nécessités de la défense nationale, opérations qui doivent rester secrètes. De même lorsqu'il s'agit de travaux de moindre importance, bien qu'alors la régie soit particulièrement indiquée, et qu'en dernière analyse cette exception regarde les fournitures. Mais pour les autres cas on devrait restreindre ces exceptions n'autorisant les marchés de gré à gré qu'après un examen rigoureux de l'exception invoquée par l'administration. Ainsi par exemple l'exception prévue par la loi pour le cas où les travaux ne pourraient être exécutés que par des artistes ou industriels éprouvés, est tout à fait critiquable. Pour admettre cette exception il faudrait que cette personne soit *seule* dans le pays ou à l'étranger car dès qu'il y en aurait deux il y aurait nécessairement la concurrence et s'il y a la concurrence il y a aussi la publicité. Mais c'est surtout l'exception invoquée pour ce qui concerne l'urgence des travaux qui peut être et l'est malheureusement assez souvent, un moyen d'éluder la règle de la publicité et de la concurrence (262). Il est évident que si une calamité survenait, une inondation par exemple, les travaux à exécuter pour la défense de la population ne pourraient attendre jusqu'à ce que les formalités de l'adjudication soient accomplies. Mais dans ce cas là même, l'administration a le moyen d'exécuter ces travaux d'extrême urgence en régie. En effet nous nous demandons s'il y aurait des cas où des travaux seraient d'une telle urgence qu'on ne saurait attendre un ou deux mois jusqu'à leur attribution légale à un entrepreneur qui offre les meilleures garanties techniques et des conditions financières les plus avantageuses. D'autre part nous ne croyons pas qu'il pourrait exister de travaux urgents qui ne sauraient être exécutés par la régie. Habituellement l'Etat recourt au marché de travaux publics lorsqu'il s'agit d'ouvrages de grande

principe si tutélaire et moral de l'adjudication. Il importe au plus haut degré que l'Administration échappe non seulement à l'abus mais encore au soupçon » (cité d'après Christophle, I, p. 163).

(262) V. l'interpellation de M. Boeresco, Chambre des Députés, Séance du 3 janv. 1866 ; *Raspuns la referatele si brosurile Domnului S. Sturdza Ministrul actual de lucrari publice de Ion Emanuel Floresco*, Buc., 1866, etc.

envergure, qu'il ne peut exécuter par ses propres moyens. Or si un travail public de grande envergure est en même temps très urgent, il y a une faute des gouvernants qui n'ont pas su prévoir, et ont décrété trop tard l'exécution des travaux.

C'est pourquoi nous croyons que l'exception d'urgence ne saurait justifier l'abandon du principe de haute moralité publique d'après lequel les contrats qui engagent les deniers publics devraient passer à la lumière et sous les yeux du contribuable.

Il en résulte qu'il faut considérer comme nuls les marchés conclus sans publicité ni concurrence en dehors de cas ou de circonstances exceptionnels qui autorisent l'administration, conformément à la loi, à passer des marchés de gré à gré, *la règle posée par l'art. 70 de la loi du 21 mars 1903* (cf. l'art. 1^{er} du décret français du 18 nov. 1882 et le même art. de l'ord. du 4 déc. 1836) *étant d'ordre public* (Christophle : *op. cit.*, t. 1^{er}, pp. 163 et suiv.) (263).

Les adjudications sont précédées des publications des marchés, au moins 30 jours à l'avance par l'insertion dans les journaux officiels et dans les quotidiens les plus répandus du pays, à l'aide d'affiches et en général par tous les moyens de publicité. Les adjudications plus importantes qui excèdent une certaine somme doivent observer un délai de publication d'au moins 60 jours.

Les avis des adjudications à passer pourront être publiés également à l'étranger mais seulement dans les cas où les fournitures ou les travaux à adjuger seront tels qu'on ne trouvera pas une concurrence suffisante parmi les producteurs ou entrepreneurs du pays afin de permettre d'obtenir les prix les plus avantageux.

Les avis indiqueront : 1° le lieux où l'on peut prendre connaissance des conditions du marché (cahier des charges) ; 2° les autorités chargées de procéder à l'adjudication ; 3° le lieux, le jour et l'heure fixée par l'adjudication (art. 74 de la loi roumaine du 21 mars 1903, décret français du 18 novembre 1882, art. 2).

Les adjudications seront faites sur les offres (soumissions) écrites et cachetées des entrepreneurs. Ces soumissions seront remises cachetées en séance publique. Elles peuvent être limitées (adjudication restreinte), l'administration n'admettant que les soumissions des personnes reconnues capables, au vu des titres exigés par les cahiers des charges et préalablement vérifiés à l'ouverture des

(263) V. Christophle, I, pp. 163 et suiv.

plis renfermant les soumissions (art. 72 de la loi du 21 mars 1903, cf. en France : circulaires ministérielles des 1^{er} juin 1880, 27 mars 1883, etc. ; v. Christophle, t. 1^{er}, p. 189). Les cahiers des charges indiqueront les preuves à fournir sur la capacité qu'on doit avoir pour être admis à l'adjudication. En dehors de la capacité de droit commun, le contrat d'entreprise étant « *intuitu personae* » les soumissionnaires doivent satisfaire à des conditions spéciales (avoir exécuté d'une manière satisfaisante d'autres travaux publics, être solvable, avoir une moralité irréprochable, etc.) (264). En dehors des conditions de capacité, la loi requiert encore que les soumissionnaires déposent un *cautionnement provisoire* qui est de 40 % de la valeur des travaux prévus dans le devis. L'administration peut augmenter ou diminuer ce pourcentage. Le cautionnement provisoire est exigé afin d'éviter la folle enchère, et garantit le dépôt d'un autre cautionnement qui est destiné à garantir l'exécution des obligations de l'adjudicataire, savoir le cautionnement définitif (v. plus bas). Dans le cas où l'adjudicataire ne réaliserait pas ce dernier, dans le délai fixé par le cahier des charges, le cautionnement provisoire serait acquis à l'Etat. Il sera restitué aux soumissionnaires évincés après les 15 jours qui suivent l'approbation de l'adjudication. Ne seront ouvertes que les soumissions de ceux qui ont rempli les conditions de capacité et déposé le cautionnement provisoire.

Le système d'adjudication employé pour les marchés de travaux publics est celui qui consiste à déclarer adjudicataire le soumissionnaire qui a offert la diminution la plus considérable au-dessous du prix du devis. C'est l'adjudication *au rabais*.

Lorsque deux ou plusieurs soumissionnaires ont offert le même prix et que ce prix est le plus bas parmi ceux portés dans les soumissions, il est procédé dans la même séance à une réadjudication sur de nouvelles soumissions et seulement entre les concurrents dont les offres sont égales.

Les résultats de chaque adjudication seront constatés par un procès-verbal, relatant toutes les circonstances de l'opération. Ce procès-verbal est conclu dans la séance publique même, immédia-

(264) Les conseillers municipaux et départementaux ne peuvent pas avoir la qualité d'entrepreneurs de travaux publics et ne peuvent pas être admis à une adjudication, au nom personnel ou par une personne interposée (art. 28 de la loi sur les Conseils départementaux du 2 avril 1864, Trib. Teleorman, déc., n° 1856/1894, *C. J.*, 1895, p. 87).

tement après l'ouverture des plis renfermant les soumissions et on constatera l'adjudication devant tous les concurrents, en mentionnant leur nom et le montant de leur soumission. Le procès-verbal sera signé par le Ministre, préfet, maire ou leurs délégués, l'adjudicataire et les autres soumissionnaires présents. Les adjudications et réadjudications seront toujours soumises à l'approbation du chef de l'administration en question et ne seront définitives à l'égard de l'Administration qu'après cette approbation.

Avant la conclusion du contrat l'adjudicataire devra déposer le *cautionnement définitif* pour garantir l'exécution de ses obligations. Lorsque les cahiers des charges ne prévoient pas le contraire ce cautionnement sera de 60 % de la valeur des travaux d'après devis. Il sera versé en déduction du cautionnement provisoire. Les cahiers des charges détermineront l'action que l'administration exercera sur le cautionnement définitif en cas d'inexécution des travaux (v. art. 1-10 du D. R. du 26 nov. 1892 ; Christophle, I, pp. 159 et suiv.).

b) *Le contentieux de l'adjudication.* — L'espace limité de notre étude nous empêche de traiter cette question d'une manière plus détaillée. C'est pourquoi nous essayons seulement à dégager quelques principes qui dominent le contentieux de l'adjudication :

1° Le contentieux de l'adjudication est toujours administratif. C'est un contentieux d'annulation.

2° L'instance du contentieux administratif est juge de la régularité de la passation du marché alors même que le juge du contrat est le tribunal judiciaire (v. les conclusions de M. le Commissaire de gouvernement Romieu sur l'arrêt *Martin*, Conseil d'Etat, 4 août 1905, cf. G. Jèze, Contr. Adm. II, p. 133 ; Pand. Fr. Rep., v° Travaux publics, n° 385). Il en résulte qu'en France le recours à introduire est celui du recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat. Il peut être intenté par toutes les personnes qui ont un intérêt direct et personnel à l'annulation de l'adjudication irrégulière et spécialement les soumissionnaires évincés. Toutefois si le requérant estime qu'il a droit à des dommages-intérêts il introduira une action distincte devant le Conseil d'Etat (v. G. Jèze : Régime juridique des adjudications, Rev. Dr. Publ. 1906, p. 673, et la jurisprudence citée ; les conclusions de M. le Commissaire du gouvernement Romieu sur l'arrêt *Ballande*, Conseil d'Etat, 30 mars 1906, Lebon, p. 281).

3° Examinons les divers cas d'irrégularité de l'adjudication. Lorsque l'administration a passé un marché de gré à gré alors qu'elle aurait dû procéder à une adjudication, on estimait, ayant 1909 que les règles de l'adjudication ont été prescrites par la loi uniquement dans l'intérêt de l'administration. Donc le citoyen n'aurait pas la qualité d'introduire un recours devant le Conseil d'Etat fondé sur la violation des principes fondamentaux de l'adjudication ; la publicité, la concurrence et l'égalité entre les concurrents. Spécialement lorsqu'il s'agissait de travaux communaux, le Conseil d'Etat décidait que la Commune seule pourrait se prévaloir de cette irrégularité (v. G. Jèze, *Contr. adm.*, II, pp. 125 et suiv. ; conclusions de M. le Commissaire de gouvernement Cahen-Salvador sur l'affaire *Decuty*, Conseil d'Etat, 19 novembre 1926, *Rev. Dr. Publ.*, 1927, pp. 53 et suiv. qui fait un exposé historique de l'évolution de la jurisprudence sur cette question). Néanmoins le particulier pouvait introduire une requête devant le Conseil d'Etat en annulation de l'arrêté préfectoral portant l'approbation d'un marché de gré à gré irrégulier, conformément aux dispositions de l'art. 123 de la loi du 5 avril 1884, c'est-à-dire le *recours spécial* avec l'autorisation du Conseil de préfecture, *au nom de la commune*.

Mais depuis 1909 le Conseil d'Etat décide d'une manière constante que la qualité de simple contribuable d'une commune suffit pour exercer au *nom personnel* le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat pour faire prononcer la nullité d'un céder à une adjudication (Conseil d'Etat, 5 fév. 1909, *Barla*, Lebon marché de gré à gré alors que d'après la loi il aurait fallu pro-134 ; 8 déc. 1916, *Labau*, Lebon 518 ; 12 juillet 1918, *Lefèvre*, Lebon 698 ; cf. Jèze, *Contr. adm.*, II, p. 124-127).

4° Lorsque l'adjudication est irrégulière, l'administration peut l'annuler elle-même ou bien ce sont des soumissionnaires évincés qui attaqueront en recours pour excès de pouvoir l'approbation de l'adjudication.

5° Lorsque l'adjudication est régulière mais que l'administration refuse de l'approuver et de passer le contrat l'adjudicataire fera une réclamation gracieuse ou intentera une action en contentieux si l'administration garde le silence (décision implicite) ou bien refuse par une décision explicite l'approbation de l'adjudication. Il faut remarquer que le recours de l'adjudicataire sera

purement platonique car le Conseil d'Etat n'a pas les moyens de contraindre l'administration à faire respecter ses décisions.

6° Une question se pose en effet ; qu'elle est la conséquence de l'annulation de l'adjudication irrégulière prononcée par l'instance du contentieux ?

Il faut distinguer deux hypothèses : a) le contrat n'est pas conclu ; b) le contrat est conclu.

a) Lorsque le contrat n'est pas encore conclu, l'administration procédera à une nouvelle adjudication. S'il est conclu tout de même sans une nouvelle adjudication et en méconnaissance de la chose jugée, il n'y a aucun moyen de contraindre l'administration à respecter la décision du Conseil d'Etat.

b) Lorsque le contrat a été conclu avant l'annulation de l'adjudication faite en violation de la loi, le contrat sera annulable. Mais il n'est pas annulé « *ipso facto* » par l'annulation de l'acte qui est sa base (v. Conclusions de M. le Commissaire de gouvernement Romieu sur l'affaire *Martin*, Conseil d'Etat, 4 août 1905, Lebon 749 ; Rev. Dr. Publ. 1906, pp. 263 et suiv. ; cf. G. Jèze, Contr. adm., II, pp. 141 et suiv.).

Les personnes qui *peuvent* demander l'annulation du contrat sont les parties contractantes. Elles s'adresseront au *juge du contrat*. Mais on ne peut les obliger à saisir le juge du contrat. Quant aux tiers intéressés (soumissionnaires évincés, contribuables) ils ne peuvent pas attaquer le contrat *n'ayant pas un droit lésé*. Il ne leur reste autre moyen que d'attaquer l'acte administratif entaché de vices qui est la base du contrat (v. G. Jèze, Contr. adm., II, pp. 139, 147) (265).

(265) Il en résulte que, dans l'état actuel de la jurisprudence du Conseil d'Etat, la règle édictée par l'art. 1^{er} du décret du 18 nov. 1882, d'après laquelle tous les marchés de l'Etat doivent être faits sur adjudication publique, *n'est pas d'ordre public*. Or, pendant longtemps, le Conseil d'Etat a statué en sens contraire (v. Christophle, I, pp. 165 et suiv., et la jurisprudence y citée). Quelle est donc l'explication de ce revirement jurisprudentiel ? Les raisons pour lesquelles le Conseil d'Etat n'a pas tiré de l'art. 1^{er} du décret du 18 nov. 1882 toutes les conséquences qui dérivent de sa nature impérative doivent être recherchées dans : 1. *Le respect du juge du contrat* : En effet l'adjudication peut être relative à un contrat de droit privé (une vente domaniale par exemple) et alors il n'appartient pas à l'instance du recours pour excès de pouvoir d'annuler un contrat de droit privé. De même lorsqu'il s'agit d'un marché de travaux publics ou de fournitures, le contentieux du contrat appartient à d'autres instances que celui du recours pour excès de pouvoir (v. les conclusions de M. le Commissaire du Gouver-

En conclusion il faut donc remarquer le caractère platonique du recours pour excès de pouvoir dans le système du contentieux administratif français. Il paraît que d'après ce système le recours pour excès de pouvoir ne garantit pas le citoyen contre les abus de l'administration et n'offre pas pratiquement au citoyen un moyen de contrôler la légalité des actes de l'administration. Cependant il n'en est pas ainsi ; l'administration française a un grand respect de la haute autorité du Conseil d'Etat. Une simple pression morale de la part de celui-ci incorporée dans une décision de la section du contentieux administratif suffit pour décider l'administration à revenir sur le chemin de la légalité dont elle s'est écartée.

D'autre part même dans le cas où l'administration ne tiendrait pas compte de l'annulation d'une adjudication irrégulière et maintiendra le contrat illégal, le recours des intéressés ne serait pas inutile car « il permet de faire censurer l'illégalité, d'éclaircir l'opinion publique et de prévenir le retour de pratiques condamnables » (v. Conclusions de M. le Commissaire de gouvernement Romieu sur l'affaire *Martin*, Rev. Dr. Publ. 1906, p. 263 et la note, cf. G. Jèze, Contr. adm., II, 141).

Si nous examinons maintenant le contentieux de l'adjudication dans le droit roumain, nous constaterons que le recours en annulation contre une adjudication irrégulière n'était pas avant 1929 aussi largement ouvert que dans le contentieux français (266).

nement Romieu sur l'affaire *Martin* (Rev. de droit publ., 1906, pp. 263 et suiv.) ; Laferrière, 2^e éd., t. II, pp. 470 et suiv.) ; 2. *Le respect des droits acquis* : (v. *ibidem*) L'annulation de l'adjudication viciée après la conclusion du contrat peut intervenir en effet dans une époque où les travaux ont été déjà commencés ou bien achevés. L'Administration en se conformant à la décision de l'annulation et, lorsque cette annulation de l'adjudication prononcée par l'instance du recours pour excès de pouvoir entraînerait de plein droit l'annulation du contrat, s'expose à des réparations pécuniaires importantes. A notre avis ce ne serait pas une raison suffisante pour refuser d'admettre le caractère d'ordre public à la disposition renfermée dans l'art. 1^{er} du décret du 18 nov. 1832, car l'Administration pourrait se retourner contre ses agents rendus coupables d'avoir violé la loi en passant un marché de gré à gré alors qu'ils devaient, conformément à la disposition expresse de la loi, procéder à une adjudication publique.

(266) En face d'une demande d'un soumissionnaire évincé tendant à faire annuler l'approbation d'une adjudication illégale, la 3^e Chambre de la Cour de Cassation opposait les fins de non-recevoir tirées de la nature de l'acte et le défaut de la qualité du requérant, en décidant que l'acte d'approbation d'une adjudication est un acte de gestion qui de plus ne lèse pas un droit du requérant (Cass., III déc. n° 1642 du 4 déc. 1925, P. S. 1926, p. 187).

Mais, si conformément à la jurisprudence la plus récente de la chambre contentieuse de la Cour de Cassation roumaine la nouvelle théorie des actes de gestion et l'assimilation de l'intérêt direct et personnel avec un « droit » (v. *supra*) permettait aux soumissionnaires évincés d'attaquer en contentieux une adjudication entachée de vices, un simple contribuable par contre n'avait pas la qualité de formuler le recours en annulation.

Cependant la loi du 3 août 1929, en créant les Comités de révision, a organisé en Roumanie un véritable recours pour excès de pouvoir, car les demandes portées devant ces instances sont recevables même lorsque le requérant ne peut prouver qu'un simple intérêt lésé. Donc la qualité de contribuable suffit pour attaquer devant les Comités de révision toute irrégularité survenue lors de la passation d'un marché de travaux publics des communes et des départements. En ce qui concerne les travaux de l'Etat les comités ne sont certainement pas compétents étant donné qu'ils sont des instances tutélaires ayant des attributions contentieuses.

La difficulté se présente lorsqu'on se demande quelle instance saisir ; serait-ce la Cour d'appel (instance première de contentieux de la loi, 23 déc. 1925) ou bien le Comité de révision ? S'il s'agit d'un soumissionnaire évincé, il aura tout intérêt de saisir la Cour d'appel car elle peut statuer en même temps sur les dommages-intérêts et de plus peut prononcer des dommages-intérêts comminatoires contre l'administration récalcitrante. *S'il s'agit au contraire d'un simple contribuable son recours ne saurait être reçu que par le Comité de révision* (267). Cependant on se demande si ce recours ne serait pas purement platonique faute d'un système d'astreinte pareil à celui qui fut organisé par la loi du 23 déc. 1925 ? Certainement non, car le Comité de révision étant une instance tutélaire pourrait conformément à l'art. 334 de la loi du 3 août 1929 se substituer à l'administration et ordonner une nouvelle adjudication.

Lorsque l'administration refuse d'approuver une adjudication passée conformément aux prescriptions de la loi, contre laquelle

(267) Le recours devant la Cour d'appel n'est recevable que s'il s'agit de la violation d'un droit ou d'un intérêt direct, assimilé par la jurisprudence à un véritable droit. Ainsi il est jugé que la qualité de simple contribuable ne suffit pas pour formuler devant la Cour d'appel un recours tendant à faire annuler la décision d'approbation d'une adjudication d'un immeuble du domaine privé communal (Appel Cluj, Déc. du 17 mai 1927, *C. J.* 1927, p. 175).

aucune critique n'a été formulée de la part des soumissionnaires évincés (par le refus de ceux-ci de signer le procès-verbal), l'adjudicataire peut-il contraindre l'administration à donner à cette approbation à la suite d'une action en contentieux intentée devant la Cour d'appel dont la décision entraînera pour l'autorité administrative récalcitrante une condamnation à des dommages-intérêts comminatoires ? L'adjudicataire pourrait-il encore saisir le Comité de révision dont la décision prononcée contre l'administration pourrait aboutir à ce que le Comité de révision en se substituant à l'administration récalcitrante donne lui-même la décision approbatoire ?

L'art. 6 du décret du 7 juillet 1927 répond négativement : « Les adjudications ne sont définitives qu'après leur approbation par l'autorité compétente. Lorsque l'adjudicataire n'a pas obtenu cette approbation, il ne pourra prétendre à aucune indemnité, il aura seulement le droit à la restitution de son cautionnement provisoire. »

Mais si l'adjudicataire ne peut pas forcer l'administration à approuver l'adjudication prononcée en sa faveur, il aura indiscutablement non seulement l'intérêt mais le droit d'attaquer en annulation la décision administrative qui attribuerait la même adjudication à un soumissionnaire évincé, en violation de la loi, et de demander une indemnité. S'il s'agit au contraire d'une décision de l'autorité administrative qui annulerait l'adjudication pour vices constatés ultérieurement, l'adjudicataire aurait toujours le pouvoir d'attaquer en contentieux cette décision, en cherchant à démontrer que les allégations de l'administration ne sont pas fondées.

Quid lorsque l'administration a conclu déjà le contrat avant l'annulation de l'adjudication entaché de vices ou bien lorsqu'elle a passé un marché de gré à gré alors qu'elle aurait dû procéder à une adjudication ? Examinons ces deux hypothèses :

a) Lorsqu'il s'agit d'un marché passé par l'administration sur la base d'une adjudication viciée, il nous paraît que l'annulation de l'adjudication par l'instance du contentieux administratif postérieurement à la conclusion du contrat, entraîne *ipso facto* l'annulation du contrat (268), car autrement l'art. 70 de la loi sur la

(268) Il faut spécifier que dans cette hypothèse il ne s'agit pas d'un recours pour excès de pouvoir mais d'une action en contentieux de pleine juridiction fait par les soumissionnaires évincés devant la Cour d'appel, première instance du contentieux de la loi de 1925, qui tend à l'annulation d'un acte administratif

comptabilité publique n'aurait aucune raison d'être. En effet l'article cité de la loi du 21 mars 1903 prévoit que « tous les contrats qui donnent naissance à un revenu ou dépense au compte de l'Etat doivent être conclus sur adjudication publique », sauf les exceptions dont nous avons fait ci-dessus l'examen. (L'art. 417 de la loi du 3 août 1929 prévoit une disposition similaire pour les contrats passés par les communes et départements). C'est une règle d'ordre public qui doit avoir comme sanction la nullité du contrat. C'est

illégal, violant un droit ou intérêt direct et personnel et à la réparation des préjudices causés. Cette remarque est d'une importance primordiale, car, à l'encontre de l'instance du recours pour excès de pouvoir (Comités de révision ; loi du 3 août 1929) la Cour d'appel ne cesse à aucun moment d'être une instance compétente pour examiner un contrat. D'où il en résulte que : 1. Saisie par un soumissionnaire évincé elle déclarera le recours admissible car d'après la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation, les intérêts directs et personnels sont assimilés aux droits, permettant ouverture de l'action en contentieux administratif ; 2. Elle n'opposera pas la fin de non-recevoir tirée de la nature de l'acte car toujours, conformément à la jurisprudence, les décisions concernant les adjudications publiques sont des actes administratifs d'autorité alors même que le contrat soit de droit privé ; 3. Si elle admet le recours comme bien-fondé elle déclarera le contrat nul comme étant contraire à une règle d'ordre public. Elle aura la qualité de connaître le contrat qui a suivi l'adjudication sans qu'on puisse élever la question de l'incompétence. En effet aucune loi n'a attribué à aucune instance le contentieux des contrats administratifs. Donc la Cour d'appel comme instance de contentieux administratif de pleine juridiction en annulant un contrat illégal n'empiète pas sur les attributions du juge du contrat administratif par le simple motif qu'il n'existe pas comme instance d'attribution. D'autre part s'il s'agit d'une adjudication relative à un contrat de droit privé passé par l'Administration, l'annulation de l'acte administratif (l'adjudication) vicie et du contrat qui est sa conséquence directe, par la Cour d'appel, ne fait aucun empiètement sur le pouvoir judiciaire car l'instance du contentieux administratif roumain de la loi de 1925 fait partie de ce pouvoir étant sous le contrôle de la Cour de cassation ; 4. De plus par sa nature même la Cour d'appel comme instance du contentieux administratif est avant tout l'instance la plus en mesure de statuer sur le contentieux des contrats administratifs. En effet les tribunaux ordinaires n'ont pas la qualité de connaître les actes administratifs qui interviennent dans la conclusion ou l'exécution des contrats administratifs. *Il en résulte que la Cour d'appel comme instance de contentieux administratif est une véritable instance de contentieux administratif de droit commun* qui peut connaître toutes les questions où l'Administration est mêlée par le fait d'avoir lésé un individu dans son droit ou intérêt direct et personnel par un acte administratif.

Parmi les rares jurisprudences que nous avons trouvées dans la matière du contentieux de l'adjudication, nous citerons une décision de l'instance du contentieux administratif type 1912, la 3^e Chambre de la Cour de cassation (n° 327 du 20 juin 1912, *C. J.* 1912, p. 634) par laquelle il est jugé que les vices d'une adjudication faite en violation de la loi entraînent la nullité du contrat (en espèce un marché de travaux publics), la Cour de cassation prononçant à la fois les deux annulations.

encore une règle de haute moralité publique, car permettre à l'Administration de gérer les finances publiques comme bon lui semblerait serait retomber dans les époques les plus sombres de l'histoire où le contribuable corvéable et taillable à merci était démuné de toute garantie quant à l'emploi du denier public.

b) Si le contrat a été conclu de gré à gré alors que, conformément à la loi, l'Administration aurait dû procéder à une adjudication, l'acte administratif approuvant le marché (269) pourra être attaqué en contentieux administratif.

Quelles sont les personnes qui auraient qualité pour intenter cette action ? S'il s'agit des parties contractantes, il est évident qu'elles devraient s'adresser aux juges du contrat conformément à la théorie du recours parallèle. Par contre toute autre personne, la qualité de contribuable étant suffisante, pourrait attaquer l'acte administratif portant approbation du marché de gré à gré devant les Comités de révision.

Concluons donc que le recours contre une adjudication illégale doit être largement ouvert non seulement pour permettre à des soumissionnaires évincés d'obtenir une réparation des torts que l'acte illégal leur cause en froissant leurs intérêts directs et personnels, mais aussi pour donner aux contribuables la garantie efficace d'une bonne administration des biens publics.

Nous avons vu que la conjugaison des deux recours ; celui de pleine juridiction de la loi de 1925 et celui du recours pour excès de pouvoir créé par la loi de 1929 peut aboutir à la satisfaction de ce postulat. Néanmoins, le système reste incomplet car le recours pour excès de pouvoir n'est pas possible d'après la loi de 1929 lorsqu'il s'agit des adjudications de l'Etat ; comme nous l'avons déjà remarqué, par leur caractère d'instances tutélaires les Comités de révision ne peuvent examiner que les actes administratifs des communes et départements.

c) *Les diverses formes de marchés.* — On distingue plusieurs espèces de marchés :

1° Il y a d'abord *les marchés à forfait* lorsque le prix de l'ensemble des travaux est fixé en bloc et à l'avance, d'une manière déterminée et invariable. Ils ont comme base l'art. 1793 du Code civil.

269) D'après les dispositions de la loi sur l'administration locale du 3 août 1929 les marchés de gré à gré de certaine importance dont le montant dépasse certaines sommes doivent être approuvés par les autorités tutélaires.

français (cf. art. 1484 C. civ. roum.) au termes duquel : « Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation du prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou augmentations faits sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire. »

L'inconvénient du marché à forfait, et la raison pour laquelle il est rarement employé, est que l'Administration ne resté pas maîtresse de l'ouvrage ; elle ne peut plus modifier les plans pour introduire ultérieurement des améliorations qu'elle estime nécessaires (v. Christophle, I, p. 275).

2° Dans le *marché sur séries de prix*, l'Administration rédige d'avance et d'une manière invariable un tableau détaillé des prix de chaque espèce d'ouvrage à exécuter, mais la quantité de ces ouvrages n'est pas déterminée d'avance, ce qui permet à l'Administration de donner aux travaux les proportions qu'elle désire. L'entrepreneur ne connaît donc pas les plans des travaux, il s'engage seulement à exécuter ceux qui lui sont demandés par les ingénieurs chargés de la direction des travaux. Le règlement des comptes à la fin de l'entreprise se fait par le métrage des travaux exécutés et cette opération déterminera les sommes dues à l'entrepreneur (Christophle, I, p. 275).

Cette forme de marché est employée pour les travaux dont l'évolution est difficile à prévoir d'avance, par exemple pour les travaux de sondage des puits artésiens d'un service public de distribution d'eau et en général, pour tous les travaux où l'imprévu constitue un élément important.

Les désavantages de ce système résident en ceci que si l'Administration sait d'avance les prix qu'elle payera pour les ouvrages, elle ne peut prévoir aussi, d'une manière précise, la somme qu'elle payera à la fin de l'entreprise pour la totalité des travaux. De plus, l'Administration peut être entraînée à faire faire beaucoup d'ouvrages imprévus au début (Christophle, I, p. 276).

Ces inconvénients sont éliminés par le *marché à l'unité de mesure*. Il diffère du marché sur séries de pris en tant que la question des ouvrages est déterminée à l'avance ; « d'un côté le prix de chaque série est invariablement fixé, de l'autre, le marché détermine exactement le nombre de mètres cubes ou courants, de sorte que rien

n'est laissé à l'arbitraire des agents chargés de la direction, de la surveillance et de l'exécution » « Ils diffèrent aussi des marchés en bloc ou à forfait, en ce qu'ils comportent, en cours d'exécution certaines modifications aux travaux » (Christophle, I, p. 277).

Voilà donc les trois espèces de marchés de travaux publics qui, en théorie, sont bien distincts mais dans la pratique, elles se confondent souvent au point que le même contrat peut les prévoir tous à la fois, pour la même entreprise. C'est pourquoi, il faut, dans l'interprétation des marchés, appliquer pour chaque espèce les règles qui lui sont propres (Christophle, I, p. 278). Nous verrons dans les chapitres suivants les règles qu'il faut appliquer à chacune de ces espèces de marchés et les questions litigieuses qu'elles peuvent engendrer.

d) *L'exécution du contrat d'entreprise.* — Nous traiterons cette question d'une manière sommaire, car par les nombreux détails qu'elle comporte, elle dépasse en grande mesure les proportions limitées de notre étude.

D'autre part, les marchés de travaux publics sont réglementés de la manière la plus complète par le cahier des clauses et conditions générales pour les entreprises de travaux publics ; le décret du 26 novembre 1892 modifié par le décret du 7 juillet 1927, actuellement en vigueur (v. en France les différents cahiers des clauses et conditions générales cités par Christophle, t. I, aux chapitres respectifs et par Courcelle et Debauxe, *op. cit.*, 1^{er} volume). Les règles édictées par les cahiers des clauses et conditions générales sont, en grande mesure, dérogatoires au droit commun et ces dérogations résultent de la nature administrative du contrat d'entreprise de travaux publics. Elles consacrent textuellement les droits exorbitants de l'Administration et sur ce point il ne peut subsister aucun doute ; un exemple de ce privilège administratif est la mise en règle et la résiliation par décision administrative.

De plus, cette matière est tout à fait identique dans le droit roumain et français ; le décret du 26 novembre 1892 a reproduit textuellement les dispositions du cahier des conditions générales des Ponts et Chaussées du 16 novembre 1866, et par les modifications introduites par le décret du 7 juillet 1927, on ne s'est pas écarté du modèle français le plus récent (v. Cahier des Ponts et Chaussées du 29 décembre 1910, modifié par la circulaire du 2 juillet 1913, l'arrêté du 15 octobre 1920 et les circulaires des 3 août 1925 et 20 mai

1927). A l'heure actuelle, le décret du 7 juillet 1927 sert pour tous les marchés de travaux publics en Roumanie, étant le seul cahier des clauses et conditions générales pour les entreprises de travaux publics.

En ce qui concerne la jurisprudence que nous citerons dans ce chapitre, elle comprend les arrêts que nous avons trouvé publiés dans les nombreux recueils de jurisprudence roumains. Pour la jurisprudence française, nous renvoyons aux recueils Lebon, Sirey et Dalloz. Etant donné l'identité des deux législations, il y aurait nécessairement une identité de la jurisprudence. Par ailleurs, les rares arrêts donnés par les tribunaux roumains dans cette matière et publiés dans les recueils, ne nous permettent pas de tirer des conclusions sur l'état actuel de la jurisprudence roumaine. Le fait que la jurisprudence roumaine est très pauvre dans cette matière doit être attribué à l'arbitrage qui est pour le moment le principal moyen de solutionner les litiges de travaux publics. Or, nous avons montré que la jurisprudence arbitrale est difficilement abordable. En effet, les sentences arbitrales sont inscrites dans les registres des sections de notariat des tribunaux du lieu où la commission arbitrale a siégé. Ainsi dispersées, les décisions arbitrales sont difficilement recherchées.

Les obligations de l'entrepreneur

Nous indiquerons ici à grands traits les obligations de l'entrepreneur résultant du décret du 7 juillet 1927 (cf. Cahier des Ponts et Chaussées). En ce qui concerne les obligations de l'Administration, elles apparaîtront dans notre exposé.

L'entrepreneur est tenu :

1° *De résider sur le lieu des travaux*, pendant toute la durée de l'entreprise. Cette règle prévue par tous les cahiers des charges générales, a sa raison d'être dans ce que l'entrepreneur est sous les ordres de l'Administration. Pour la même raison, il est tenu,

2° *D'élire un domicile à proximité des travaux* et de faire connaître son domicile au préfet ;

3° *De fournir les matériaux prévus par le devis*. La réception de ces matériaux sera faite par l'ingénieur chargé de la direction des travaux qui vérifiera s'ils sont de la qualité, dimension et façon exigée par les cahiers des charges spéciales. L'ingénieur pourra

rebuter les matériaux viciés. Contre cette décision, l'entrepreneur pourra former un recours en contentieux, qui aboutira à une indemnité s'il prouve que les matériaux refusés satisfaisaient aux conditions exigées par le devis.

4° *De supporter les faux frais de l'entreprise.* L'entrepreneur est tenu de fournir à ses frais tout l'outillage nécessaire à l'exécution des travaux. Sont également à sa charge l'établissement des chantiers et chemins de service; les indemnités à payer à raison des occupations des terrains, les frais de tracé de l'ouvrage et leur vérification, les cordeaux, piquets, jalons, etc. Il est tenu encore d'indemniser les propriétaires des lieux à raison de l'extraction, dépôt et transport des matériaux. Dans aucun cas, les propriétaires des terrains, pas plus que l'entrepreneur, n'auraient pas de ce chef un recours contre l'Administration.

5° *Commencer et achever les travaux dans les délais prévus par les cahiers des charges.* En cas de retard par suite d'une faute de l'entrepreneur, l'Administration pourrait, après une seule mise en demeure, déclarer la mise en régie, la résiliation, ou prononcer des amendes pour chaque jour de retard, conformément aux stipulations des cahiers des charges. Lorsque le retard provient de la faute de l'Administration, l'entrepreneur est déchargé de sa responsabilité et aura droit à des dommages-intérêts (Appel Bucuresti, Déc. n° 24, 1902, C. J. 1902, p. 620, *Feruccio Ferrero*). De même, l'entrepreneur n'est pas responsable lorsque l'inexécution des travaux dans les délais prévus provient d'un cas de force majeure ou d'un fait du prince. L'appréciation des circonstances qui constituent l'impossibilité absolue d'exécuter les travaux appartient souverainement au juge du contrat (v. pour les détails : G. Jèze, *Contr. adm.*, II, pp. 299 et suiv.) (270).

(270) Il importe de savoir si l'imprévision pourrait être invoquée avec succès par l'entrepreneur pour justifier un retard dans l'exécution des travaux ? La doctrine et la jurisprudence adoptent la solution négative : « Toute imprévision — dit M. Jèze — qui ne s'analyse pas en un cas fortuit ou de force majeure... entraînant une impossibilité absolue d'exécution dans les délais fixes, n'est pas une cause justificative du retard (*Contr. adm.*, II, p. 273). Les événements hors de toute prévision qui bouleversent les conditions financières des marchés « sont pour l'entrepreneur une cause de pertes considérables, mais ils ne l'empêchent pas de poursuivre une exécution devenue simplement plus onéreuse » (v. Montmerle, *op. cit.*, p. 365), sauf de se faire allouer ensuite une indemnité. « Considérant — dit l'arrêt du Conseil d'Etat du 25 février 1928, *Ville de Paris*, Lebon 279 — que l'entrepreneur qui aurait reconnu qu'il était en mesure de reprendre les travaux, n'établit pas et n'allègue pas qu'il ait été matériellement impossible d'ache-

6° *Se conformer aux ordres de l'Administration.* L'entrepreneur est obligé de refaire les malfaçons dont la démolition a été ordonnée par l'Administration avant la réception définitive des travaux (Appel Galati, Déc. n° 48, 1895, C. J. 1896, p. 125). Il est en outre

ver dans les délais les ouvrages qui faisaient l'objet de son marché, qu'il ne pouvait s'abstenir à raison de cette circonstance (l'imprévision) d'assurer la continuation de l'entreprise par lui scissionnaire *sauf à réclamer ensuite à la Ville de Paris telles indemnités que de droit* ». En ce sens : C. d'Et., 20 févr. 1929, *Société des ateliers et chantiers de Bretagne*, Lebon, p. 207). La théorie de l'imprévision peut être encore appliquée pour permettre aux entrepreneurs de demander *une révision des prix*, à la suite des événements imprévisibles survenus dans la vie économique, bouleversant les clauses financières du contrat. Ainsi le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 8 avril 1926, *Prépérot*, Lebon 424, dit ceci : « Considérant... que la faculté donnée à l'entrepreneur par l'art. 33 du C. C. G. de demander la résiliation de son marché pour hausse de plus d'un sixième dans le prix des ouvrages ne fait pas obstacle au droit du même entrepreneur à réclamer une indemnité pour imprévision, au cas où, par suite des circonstances tout à fait exceptionnelles dans lesquelles il a dû exécuter son contrat pendant la guerre, son économie viendrait à être bouleversée. » « Considérant que, dès lors, le sieur P. serait fondé à demander une indemnité à raison des frais supplémentaires qu'il justifie avoir supporté à dater du moment où les charges de son entreprise par l'effet des *circonstances économiques exceptionnelles* de la période de guerre *auraient dépassé les limites extrêmes des majorations de dépenses qui auraient pu envisager les parties* en 1913 lors de la passation du contrat » (v. encore : C. d'Et., 23 juin 1926, *Leydet*, Lebon 640 ; 8 février 1928, *Perchot*, Lebon 198 ; 13 février 1930, *Guidon*, Lebon, p. 178. Cf. Montmerle, *op. cit.*, p. 446). Notons encore comme une application fort importante de la théorie de l'imprévision celle qui permet d'accorder à l'entrepreneur une indemnité « lorsque les prix fixés dans le bordereau l'aient été pour certain état de chose qui ne se rencontre pas dans l'exécution ; que par conséquent ces prix ne répondent plus à la nature d'ouvrage à laquelle les rédacteurs du bordereau avaient entendu les appliquer » (Barry et Texier, *op. cit.*, p. 355). « Considérant — dit l'arrêt du Conseil d'Etat du 10 nov. 1893 (*Weber*, Lebon 729) — que si le bordereau des prix fixant un prix unique applicable aux fouilles de toutes natures et de toutes classes à l'exception de la terre végétale, ce prix unique ne devait, dans la commune intention des parties contractantes, s'appliquer qu'aux natures de terrain en vue desquelles il avait été établi, qu'il résulte de l'instruction que les entrepreneurs ont rencontré un banc de rocher extrêmement dur et compact dont l'existence n'avait pas été relevée lors de l'adjudication et *qui n'avait pu entrer dans les prévisions des parties* ; que dans ces circonstances c'est à bon droit que le Conseil de préfecture a décidé que les entrepreneurs avaient droit à un prix spécial pour l'extraction de ce rocher » (v. en ce sens : C. d'Et., 3 févr. 1905, *Michon*, 16 mars 1906, *Martin* ; 25 oct. 1911, *Hébert*, cités par Barry et Texier, *op. cit.*, p. 458). De même en cas de *marché à forfait*, la théorie de l'imprévision fut admise par le Conseil d'Etat lorsque l'entrepreneur s'est trouvé « aux prises avec les difficultés imprévisibles résultant de la nature des terrains, ayant par leur amplitude modifié complètement l'économie du contrat » (v. Montmerle, *op. cit.*, p. 455, n° 2). C'est ainsi qu'une indemnité fut allouée à l'entrepreneur lorsque le prix forfaitaire a été établi en prévoyant que tous les déblais seraient à peu près analogues à ceux dont les sondages avaient révélé la nature et lorsque

tenu d'exécuter toutes les modifications ordonnées par l'ingénieur directeur des travaux et approuvées par l'Administration. Dans ce cas là, il aura le droit d'exiger le prix des travaux supplémentaires, conformément aux dispositions des cahiers des charges (séries de prix). Par contre, il est responsable de tous les changements faits d'après sa propre initiative sans l'approbation de l'autorité compétente (Cass. Roum. II, Déc. du 4 oct. 1889, B. C. 1889, p. 812 ; I, Déc. n° 356 du 15 nov. 1894, *Luiso*, B. C. 1894 ; I, Déc. n° 232 du 18 mars 1913, *Radu Roman*, B. C. 1913, p. 651) et n'aura aucun droit à réclamer des prix supplémentaires lorsque le marché a été conclu à forfait (Cass. Roum. II, Déc. du 4 oct. 1889, B. C. 1889, p. 812). Lorsque l'Administration reconnaît que les modifications apportées par l'entrepreneur de sa propre initiative ne sont pas préjudiciables à la solidité et à l'aspect des constructions, les changements pourraient être maintenus, sans qu'il résulte de ce fait, un droit pour l'entrepreneur de demander de prix supplémentaire (Art. 15, 29 et 30 du décret du 7 juillet 1927) (271).

à la suite de l'exécution des travaux l'entrepreneur aurait trouvé des terres qui rendent l'exécution plus onéreuse (v. C. d'Et., 16 déc. 1864, *Nercam*, Lebon 1020 ; 2 juin 1866, *Fabre*, Lebon 594 ; 7 mars 1903, *Commune de Jeumont*, Lebon 278 ; 4 févr. 1931, *Aubony*, D. H. 1931, 194, cités par Montmerle, *op. cit.*, p. 458. Pour les détails nous renvoyons à cet excellent ouvrage, pp. 446-465).

D'après une partie de la doctrine ces cas-là ne doivent pas être considérés comme des applications de la théorie de l'imprévision, mais simplement des conséquences de l'art. 1110 C. civ. (erreur sur la substance de la chose qui est l'objet du contrat). On a rejeté cette opinion en disant que « dans les marchés de terrassements, la substance de la chose, c'est-à-dire ce qui la définit, c'est une certaine forme artificielle à donner au sol, caractérisée par une plate-forme et deux talus ; mais que les moyens de réaliser cette forme, les difficultés rencontrées par cette réalisation n'en constituent pas la substance » (v. Porée et Guenot : *Traité de Travaux publics*, p. 705, cité par Montmerle, *op. cit.*, p. 455).

(271) Une question très importante dans la matière des entreprises de travaux publics est celle des *travaux supplémentaires*. Nous avons montré ci-dessus que d'après les dispositions du cahier des clauses et conditions générales l'entrepreneur est pendant toute la durée de l'entreprise sous les *ordres de l'Administration* qui lui sont transmis par écrit (art. 10 cahier des ponts et chaussées ; cf. art. 13 et 15 du décret du 7 juillet 1927). Donc il doit exécuter rigoureusement les ordres techniques de l'ingénieur directeur des travaux, et ne pas passer outre dans l'exécution des ouvrages, les prescriptions des plans et des cahiers des charges. Si l'Administration peut toujours modifier les plans avec ou sans le consentement de l'entrepreneur, par contre ce dernier ne peut rien changer sans le consentement par écrit de l'Administration. C'est une règle très rigoureuse, prescrite par le cahier des clauses et conditions générales, qui dans la pratique peut donner lieu à des difficultés. En effet il arrive fréquemment que l'entrepreneur dépasse les ordres reçus ou bien qu'il apporte de son propre chef, des modifications aux travaux en grossissant leur volume. Après avoir exécuté ces travaux l'entrepre-

Par contre, si les modifications entraînent une diminution des travaux, la différence de prix qui résulterait de cette modification serait acquise à l'Administration (Art. 29 du décret du 7 juill. 1927).

neur demandera un supplément de prix en alléguant qu'il a obéi aux ordres reçus ou bien tout simplement que les modifications en plus introduites par lui ont été nécessaires et de plus que l'administration en a tiré profit. En face du refus de l'Administration de reconnaître ces prétentions, il intentera une action devant les tribunaux compétents pour se faire allouer le prix de ces travaux supplémentaires. Aura-t-il gain de cause ? Dans la jurisprudence du Conseil d'Etat cette question fut résolue de la manière suivante :

1. Si l'entrepreneur allègue l'existence d'un ordre de la part de l'Administration, il doit en fournir la preuve. La jurisprudence administrative française a interprété d'une manière très large la disposition de l'article 10 du cahier des clauses et conditions générales en adoucissant ses rigueurs. Ainsi le Conseil d'Etat a jugé que dans certains cas un *ordre verbal* peut tenir lieu d'ordre écrit (C. d'Et., 10 nov. 1837, *Coste*, Lebon 417 ; 8 juin 1850, *Monbon*, Lebon 566, etc. : 25 juin 1914, *Blavy*, Lebon 248 ; cf. Montmerle, *op. cit.*, p. 133 ; Barry et Texier, *op. cit.*, p. 117). De même, l'Administration ne peut se prévaloir de l'absence d'ordre écrit lorsque les travaux supplémentaires ont été *ultérieurement approuvés ou réceptionnés* (C. d'Et., 6 août 1880, *Dessolier*, Lebon 745 ; 26 juill. 1889, *Renard*, Lebon 400 ; 11 déc. 1891, *Hallier*, Lebon 756 ; 8 juill. 1904, *Meyruet*, Lebon 577 ; 6 juin 1923, *Agnès*, Lebon 443 ; cf. Montmerle, *op. cit.*, p. 134 ; Barry et Texier, p. 117). Le Conseil d'Etat a encore admis le paiement de l'entrepreneur lorsque les travaux supplémentaires ont été *reconnus inévitables pour assurer une bonne exécution de l'ouvrage*, p. ex., lorsque ces travaux ont été un *préparation ou une conséquence des changements ordonnés par l'Administration* (C. d'Et., 17 déc. 1886, *Villette*, Lebon 908 ; 5 mai 1887, *Malègue*, Lebon 361 ; 10 mars 1893, *Papet et Talichet*, Lebon 241, etc., cf. Montmerle, *op. cit.*, p. 134 ; Barry et Texier, *op. cit.*, 118) ou bien sont *rendus nécessaires par les erreurs ou imprévisions des plans ou par la négligence imputable à l'Administration* (C. d'Et., 20 nov. 1891, *Vernier et Legrand*, Lebon 683 ; 10 nov. 1893, *Dép. de la Meuse*, Lebon 729 ; 25 mai 1894, *Sandino*, Lebon 365 ; etc. cf. : Montmerle, Barry et Texier : *ibidem*) ou bien encore à la suite des événements de force majeure afin d'éviter les dégradations des travaux (C. d'Et., 16 mai 1879, *Lefèvre*, D. P. 1879.3.104). Dans tous ces cas-là l'entrepreneur aura droit au prix des travaux supplémentaires.

2. Par contre, lorsque l'entrepreneur alléguerait tout simplement que les travaux ont profité à l'Administration, ne pouvant pas démontrer l'existence d'un ordre, son action n'aura aucun succès à moins qu'il ne soit question de travaux communaux ou départementaux : « Le caractère d'utilité incontestable des travaux pour le maître de l'œuvre, le profit qu'il en a retiré ne sont pas des conditions suffisantes pour que l'entrepreneur en obtienne le paiement, le Conseil d'Etat ne se départit de cette sévérité qu'en matière de travaux départementaux ou communaux » (v. Montmerle, p. 135, et la jurisprudence citée : C. d'Et., 3 avril 1908, *Girard*, Lebon 372 ; 5 février 1892, *Jaquet*, Lebon 121 ; 23 juill. 1897, *Daniat*, Lebon 581 ; 8 déc. 1905, *Commune de Saint-Louis*, Lebon 311 ; 25 février 1914, *Blavy*, Lebon 248 ; 28 juillet 1917, *Ville de Toulon*, Lebon 335, etc.).

Nous arrivons maintenant au second aspect de la question des travaux supplémentaires ; celui de la *gestion d'affaire et de l'enrichissement sans cause*. En

Lorsque les modifications ordonnées par l'Administration entraînent des travaux non prévus par les projets, l'entrepreneur est tenu de notifier par écrit à l'Administration les conditions de prix dans lesquelles il accepte l'exécution de ces travaux supplémentaires, car s'il avait déjà commencé l'exécution de ces travaux supplémentaires sans se mettre d'accord avec l'Administration sur leur

effet jusqu'ici il n'était question que d'interpréter d'une manière équitable et juste la règle du cahier des clauses et conditions générales qui prévoit la formalité de l'autorisation par écrit des travaux supplémentaires.

Or il peut arriver que l'entrepreneur ait augmenté le volume des travaux de sa propre initiative et sans qu'on puisse de loin même supposer un ordre de l'Administration. Sa situation sera alors identique à celle d'un gérant d'affaire.

D'autre part il y a des cas où les travaux supplémentaires ont été irrégulièrement ordonnés par le préposé de l'Administration qui a dépassé sa compétence, par exemple l'ingénieur en chef de l'entreprise ou bien le maire d'une commune sans l'approbation du Conseil municipal, d'une manière générale « une personne qui normalement avait la qualité pour agir au nom de la personne morale, soit en vertu de l'organisation administrative générale, soit en vertu des cahiers des charges » (v. Achille Mestre : *Gestion d'affaire et enrichissement sans cause en droit administratif*, *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 2^e série, t. IX, 1913, p. 274).

Finalement, la gestion d'affaire apparaît encore d'une manière plus nette, lorsque dans certains cas tout à fait exceptionnels, c'est un particulier, n'étant aucunement en rapport avec l'Administration, qui se mêle de l'exécution des travaux publics, en prenant une initiative pour le compte d'une administration défaillante ou négligente. Cette forme quasi-contractuelle de l'exécution des travaux publics a soulevé dans la doctrine française des discussions passionnées et de graves critiques ont été formulées contre l'application de la gestion d'affaire dans le domaine administratif qu'on considérerait comme une violation des règles de la comptabilité publique et une usurpation de fonctions administratives, crime puni par le Code pénal. Nous ne reproduisons pas ici les différents arguments pro et contra qui ont été examinés spécialement par M. Achille Mestre dans le magistral ouvrage cité plus haut. Notons simplement que les cas d'intrusion d'un particulier dans les prérogatives de l'Administration sont très rares et qu'ils peuvent être parfois justifiés, par des circonstances tout à fait exceptionnelles.

La jurisprudence du Conseil d'Etat en admettant la gestion d'affaire dans les matières administratives s'est inspirée de considérations d'équité. En effet il aurait été injuste de refuser le remboursement des sommes utilement dépensées par une personne ayant le courage de prendre une bonne initiative et de la mener à bien au profit de l'Administration et dans un intérêt public incontestable. Seulement le Conseil d'Etat s'est gardé d'encourager les intrusions maladroites de certains ambitieux en défendant l'Administration contre une gestion fantaisiste ou spéculatrice. A cet effet le Conseil d'Etat constatant une fois de plus que les règles du droit commun ne suffisent pas à satisfaire ce postulat, s'est créé une *théorie administrative de la gestion d'affaire* qui lui permettait d'être à la fois équitable et sévère envers ces particuliers audacieux ou ces fonctionnaires qui ont dépassé les limites de leur compétence. Pour établir sa jurisprudence, le Conseil d'Etat rapproche les deux théories de la gestion d'affaire et de l'enrichissement sans cause : « il emprunte à la première la distinction des travaux néces-

prix, il serait déchu du droit de toutes réclamations ultérieures, étant obligé d'en accepter tout ce qui a été fixé par l'Administration. Si l'Administration ne peut tomber d'accord avec l'entrepreneur sur le prix des travaux supplémentaires, elle peut se réserver

saires, utiles ou de simple agrément ; à la seconde la notion du « profit » réalisé » (Achille Mestre, *op. cit.*, p. 273).

Le Conseil d'Etat exige donc deux conditions pour admettre la gestion d'affaire en matière administrative et pour allouer une indemnité au gérant : 1° *Le travail doit être exécuté dans l'intérêt de l'Administration ou pour son compte* (C. d'Et., 28 juillet 1911, *Revue Générale de l'Administration*, 1913, p. 172, cité par M. Mestre, *op. cit.*, p. 274, note n° 1 ; 5 août 1911, *Commune de Massat*, Lebon, p. 954, cf. Mestre, *ibidem*). L'intérêt de l'Administration exclut l'intérêt du gérant d'affaire. Il peut arriver en effet que les travaux exécutés par le gérant pour le compte de l'Administration en lui profitant effectivement ne soient en dernière analyse et en réalité qu'une spéculation adroite d'un entrepreneur qui a fait travailler ses employés et ouvriers pour prévenir une période de chômage et éviter ses conséquences onéreuses. Le Conseil d'Etat en examinant de près l'opération a démasqué l'astuce et refusé d'accorder le remboursement des frais (C. d'Et., 28 mai 1879, *Société Abongit*, Lebon, p. 431). Voilà donc ici l'application de la gestion d'affaire, il faut que le gérant agisse dans l'intérêt de l'Administration ; 2° *Le travail doit avoir apporté un profit à l'Administration*. Il ne suffit pas que le gérant agisse dans l'intérêt de l'Administration, mais encore que l'opération soit profitable, en apportant un enrichissement du patrimoine administratif. C'est ici l'application des principes de l'actio de in rem verso (Mestre, 276). Par conséquent la théorie administrative de la gestion d'affaire nous apparaît plus sévère que celle du droit commun ; il ne suffit pas que le gérant agisse dans l'intérêt et pour le compte du maître, il faut encore que ce dernier en tire un profit, et que ce profit existe réellement au moment où la demande en indemnité est formulée. M. Mestre cite dans son *Cours de dr. adm.* (Doctorat 1928/29 l'exemple d'un pont construit par un particulier pour le compte de l'Administration, opération tout à fait utile et qui au surplus aurait été réalisée dans de parfaites conditions. « Supposons — dit M. Mestre — qu'au moment où l'indemnité est demandée (par le gérant) une inondation ait emporté le pont, qu'il n'y en ait plus traces. Quel que soit le caractère des mobiles qui ont pu inspirer l'entrepreneur au moment où il a construit, si le profit administratif ne subsiste pas au moment où la demande en indemnité est formulée, le particulier, l'entrepreneur n'obtiendra rien ». Donc l'idée de profit équivaut à celle de l'enrichissement de l'actio de in rem verso. Seulement en droit administratif l'enrichissement peut ne pas présenter un caractère purement patrimonial, c'est pourquoi le Conseil d'Etat emploie l'expression de profit qui est une notion plus large que l'enrichissement. Il arrive en effet que le profit de l'Administration se présente par l'intervention d'un gérant d'affaire qui a amélioré l'aspect monumental d'un édifice » (C. d'Et., 25 févr. 1910, *Ville de Tarbes*, Lebon 172).

Nous arrivons à la question du montant de l'indemnité. Ici la théorie administrative apparaît dans toute son originalité. « L'obligation de l'Administration n'est pas limitée au montant du profit, elle doit, en principe, la totalité des travaux effectués, et non pas seulement la plus-value qu'ils ont apporté. Ici ce sont les principes de la negotiorum gestio qui reprennent le dessus ; en vertu de ces principes, en effet, les engagements du gérant vis-à-vis des fournisseurs et des entrepreneurs sont en cas d'utilité intégralement obligatoires pour le maître ; tout

le droit d'exécuter ces travaux par tout autre moyen qu'elle jugera convenable (régie, nouveau marché), sans que de ce fait il résulte un droit à l'indemnité en faveur de l'entrepreneur (Art. 35 du décret du 7 juillet 1927).

Tous les ordres de l'Administration seront obligatoires pour l'entrepreneur. Ces ordres lui sont communiqués par écrit, étant

se passe en pareil cas comme si le maître avait lui-même contracté » (v. Achille Mestre, *op. cit.*, p. 276 et la jurisprudence citée).

Voilà un exemple encore de l'adaptation des règles de droit commun aux fins administratives ; la théorie créée par le Conseil d'Etat en matière de gestion d'affaire se base à la fois sur le principe de la gestion d'affaire et sur l'enrichissement sans cause. « Un tribunal civil n'aurait pas procédé ainsi, il aurait appliqué l'une ou l'autre doctrine » (v. Achille Mestre : *Cours de doctorat*, 1928/29, pp. 64-66).

Examinons maintenant comment cette question fut résolue par la jurisprudence roumaine.

1. Travaux supplémentaires exécutés par l'entrepreneur sans autorisation (ordre) administrative

1^{re} espèce : Il a été jugé que le prix des travaux supplémentaires doit être remboursé par l'Administration à l'entrepreneur, lorsque ces travaux sont une suite inévitable des difficultés survenues lors de l'exécution des plans, difficultés que les parties n'ont pas pu prévoir au moment de la conclusion du contrat (Cass., I, Déc. n° 40 du 23.2.1881, *B. C.* 1881, pp. 104 et suiv., *Braicoff*).

2^e espèce : La Cour de cassation refuse d'accorder une indemnité à l'entrepreneur lorsque les travaux supplémentaires n'ont pas été régulièrement autorisés : « Considérant que l'art. 1484 C. civ. (cf. art. 1793 C. civ. fr.) ne permet aucun supplément de prix, lorsqu'il s'agit d'entreprises à forfait, pour des travaux supplémentaires, à moins qu'ils ne soient autorisés par écrit par le propriétaire..., qu'en l'espèce le procès-verbal autorisant les travaux supplémentaires n'a pas été approuvé par le Conseil municipal, conformément à l'art. 76 de la loi communale » (Cass., I, Déc. n° 356 du 15 nov. 1894, *A. G. Luiso*, *B. C.* 1894).

3^e espèce : L'association des habitants d'une paroisse passe un contrat d'entreprise à forfait ayant pour objet la construction d'une église. A la réception de l'ouvrage on constate l'existence de travaux supplémentaires non autorisés. Néanmoins la réception de l'ouvrage est approuvée par le Ministère des Cultes, invitant la paroisse à s'arranger à l'amiable avec l'entrepreneur sur le prix des travaux supplémentaires en question. Les parties ne pouvant tomber d'accord sur cette question, l'entrepreneur actionne en justice la paroisse pour obtenir le paiement qui lui est dû.

La paroisse invoque en première instance le fait que les travaux supplémentaires n'ont pas été approuvés, ainsi qu'il est prévu par l'art. 1484 C. civ., que par conséquent l'entrepreneur n'ost pas en droit de demander une indemnité.

La Cour d'appel de Galatzi (Déc. n° 146/1911) rejette ce moyen de défense en jugeant que la réception des travaux renferme l'autorisation implicite des travaux supplémentaires et que, de plus, l'art. 1484 C. civ. roum. (cf. art. 1793 C. civ. fr.) ne s'applique pas en matière d'entreprise de travaux publics.

Sur le recours de la paroisse la Cour de cassation a rendu l'arrêt suivant : « Attendu que d'après les dispositions de l'article 1484 C. civ. il résulte que

inscrits sur un registre des ordres de services et portés immédiatement à la connaissance de l'entrepreneur qui apposera sa signature en forme de reçu. En cas de refus ou d'éloignement de l'entrepreneur, l'ordre lui est notifié par un agent de l'Administration, en

l'entrepreneur... ne peut demander sous aucun motif un supplément de prix à raison de travaux supplémentaires qu'il aurait exécuté, lorsque ces travaux n'ont pas été approuvés par écrit et leur prix fixé d'un commun accord ;

Attendu que l'approbation de la réception des travaux par le Ministère des Cultes ne peut pas tenir lieu d'ordre écrit requis par ledit article du C. civ... puisque cette autorisation doit être préalable... ;

Qu'il en résulte par conséquent que le recours est bien fondé et admis..., etc. » (Cass., I, Déc. n° 232 du 18 mars 1913, B. C. 1913, p. 561, N. *Chuiopsi c/ Radu Roman*).

2. Gestion d'affaire

1^{re} espèce : Il a été jugé que les travaux de réparation faits par le supérieur d'une église obligent l'Etat à rembourser les frais « *considérant que l'Abbé a agi en sa qualité de negotiorum gestor et que sa gestion était utile* » (Cass., I, 1878, B. C. 1878, p. 71).

2^e espèce : La Ville de Husi passe un contrat d'entreprise de travaux publics avec le sieur Micropolou pour l'exécution des installations de bains de l'Hôpital communal. Lors de l'exécution des travaux on constate la nécessité de certains travaux supplémentaires que le maire de la Ville approuve. Le nouveau Conseil communal refuse cependant d'accepter lesdits travaux supplémentaires. L'ancien maire se voit donc dans la situation de les payer de sa bourse et d'actionner ensuite en justice la commune. Il invoque devant le tribunal le fait que *les travaux supplémentaires ont profité à la commune qui, en les réceptionnant, s'est enrichie sans cause à son détriment*. L'affaire arrive devant la Cour de cassation qui refuse d'allouer une indemnité au maire, « *considérant que le consentement de la commune concernant l'exécution desdits travaux supplémentaires n'a pas été donné dans les formes légales, ainsi qu'il est prévu par l'art. 1484 C. civ. (cf. art. 1793 C. civ. fr.)* » (Cass., II, Déc. n° 293 du 4 oct. 1889, B. C. 1889, p. 881, *Idriceano*).

D'après les espèces ci-dessus citées on peut donc conclure que :

1° La Cour de cassation en solutionnant les litiges survenus à l'occasion de l'exécution de certains travaux publics supplémentaires et irréguliers, ne semble faire aucune distinction entre les travaux publics et privés, car, au contraire, elle aurait dû motiver ses décisions par l'art. respectif du cahier des clauses et conditions générales pour les entreprises de travaux publics et non pas par l'art. du Code civil, alors même que ces dispositions seraient identiques ;

2° A la différence de la jurisprudence du Conseil d'Etat, la Cour de cassation roumaine ne se départit pas, sauf l'exception citée, d'une interprétation trop rigide de l'art. 1484 C. civ., c'est-à-dire de l'art. 6 du règlement du 29 février 1860 (*M. O.*, n° 55 du 8 mars 1860, p. 280) cahier des clauses et conditions générales (cf. art. 15 et 30 du décret du 26 nov. 1892 modifié par le décret du 7 juillet 1927). Or nous avons vu que le Conseil d'Etat interprète d'une manière plus équitable la règle de l'autorisation par écrit des travaux supplémentaires (v. supra) ;

3° Sauf l'exception citée, il paraît que la Cour de cassation roumaine refuse d'admettre la *théorie de la gestion d'affaire et de l'enrichissement sans cause*

faisant mention de cette notification dans le registre (Art. 17 et 55 du décret du 7 juillet 1927).

7° *De payer les ouvriers.* L'art. 20 et 21 du décret du 7 juillet 1927 donne droit à l'administration de faire payer d'office les

dans la matière des travaux publics, toujours en interprétant d'une manière *trop sévère et inéquitable* l'art. 1484 C. civ. roum. (v. affaire *Idriceano*) ;

4° Mais la question de la gestion d'affaire dans le droit administratif soulève encore une difficulté grave ; celle de la compétence des tribunaux à juger l'action d'un entrepreneur ou d'un gérant d'affaire qui auraient exécuté des travaux publics non autorisés. On sait qu'une des critiques les plus véhémentes dirigées par la doctrine française contre la théorie de la gestion d'affaires administratives résidait en ceci que les tribunaux administratifs en examinant l'utilité des travaux publics exécutés par un gérant d'affaire empiétaient sur les attributions souveraines de l'Administration active (v. l'opinion de MM. Marquès di Braga et C. Lyon, citée par M. Achille Mestre, dans le *droit administratif*, *op. cit.*, pp. 23 et suiv.). L'admission de la *Negotiorum gestio* serait donc une atteinte au principe de la séparation des fonctions.

Cette critique est judicieusement combattue par M. Mestre (*op. cit.*, p. 24) : « Notons d'abord que les tribunaux compétents seront, dans l'immense majorité des cas, les tribunaux administratifs inbus des traditions administratives et familiarisés par suite avec la notion même de l'utilité, envisagée au point de vue administratif. C'est seulement lorsqu'il s'agira d'une gestion relative au domaine privé que les tribunaux civils seront compétents... La fonction des tribunaux civils ou administratifs peut être, doit être, en notre matière comme en toute autre, nettement distinguée de l'administration active, et le juge, quand il statue sur l'utilité de la gestion d'affaires, n'outrepasse nullement ses pouvoirs. La notion d'utilité n'est nullement envisagée par le juge et l'administrateur au même point de vue. L'Administration est en face d'une décision à prendre, d'une amélioration à réaliser : ses préoccupations sont tournées en entier vers l'avenir ; il s'agit pour elle d'apprécier la portée d'une œuvre à entreprendre. L'état d'esprit du juge est fort différent : il est en présence de « faits accomplis » ; toute l'opération est terminée ; elle s'est passée en dehors de lui ; le juge intervient maintenant pour en liquider les conséquences contestées : sa mission, ici, comme ailleurs, consiste non pas à innover, mais à remettre de l'ordre, à faire régner à nouveau l'équilibre un moment troublé... » « Sans doute, il s'agit bien là d'un contrôle exercé par les tribunaux sur l'administration active : mais ce contrôle, cette intervention est la raison d'être de la juridiction administrative. Son action se manifeste par un examen *a posteriori* des faits accomplis ; l'examen auquel procède l'Administration active est au contraire *a priori* ».

La même question dans le droit roumain était beaucoup plus grave à l'époque où les arrêts cités ont été rendus. Faute d'un système de contentieux administratif les tribunaux judiciaires n'avaient certainement pas de compétence pour statuer sur les questions si délicates qui impliquent nécessairement une immixtion dans la vie administrative. Alors qu'en France la gestion d'affaire en matières administratives pouvait paraître une atteinte au principe de la séparation des fonctions, dans le droit roumain de cette époque, elle se présentait comme une violation du principe de la séparation des pouvoirs. La Cour de cassation a-t-elle instinctivement senti cette difficulté en refusant d'admettre la théorie de la gestion d'affaire dans le domaine administratif ? Non, sans doute, car elle se place tout à fait du point de vue du droit commun, en invoquant le Code

salaires arriérés des ouvriers embauchés par l'entrepreneur. Ces paiements seront prélevés sur les sommes dues à l'entrepreneur. Cette disposition du décret du 7 juillet 1927 (cf. en France : art. 15 du cahier de 1866) est une dérogation au droit commun, par conséquent elle ne saurait être étendue à d'autres cas que ceux prévus par le décret cité. (Cass. Roum., II, déc., n° 105, 1896, B. C., 1896, p. 896 ; Appel Galati, déc. n° 48, 1895, C. J. 1896, p. 125 ; Cass. II, 15 oct. 1901, B. C. 1901, p. 1378). Comme garantie du paiement de leurs salaires, les ouvriers ont un privilège sur les sommes dues à l'entrepreneur.

8° *De payer les fournisseurs.* Les créances des fournisseurs sont privilégiées.

9° *De garantir les travaux.* A la date prévue par le contrat pour l'achèvement des travaux, et sans aucun retard, il est procédé à une *réception provisoire* des travaux par l'ingénieur en chef de l'exécution, en présence de l'entrepreneur. L'effet principal de cette réception provisoire est de faire courir le délai de garantie qui a pour but de donner aux malfaçons le temps d'apparaître. A défaut de stipulation expresse dans le contrat, ce délai est d'un an pour les ouvrages d'art, terrassements, maçonneries et constructions, en métal ou bois. Pendant toute la durée de ce délai, qui court de la

civil dans ses décisions et en jugeant les affaires comme s'il s'agissait de travaux privés.

Pour terminer cette note sommaire sur la gestion d'affaire en matière de travaux publics, concluons que même dans l'organisation actuelle du contentieux administratif roumain, l'admission de la théorie administrative de la gestion d'affaire rencontre une sérieuse difficulté. Pour pouvoir l'admettre il faudrait reconnaître aux instances du contentieux administratif de la loi de 1925 la qualité de juges du contentieux administratif de droit commun les *tribunaux judiciaires étant absolument incompétents pour connaître ce genre de litiges* sans violer le principe sanctionné par l'art. 109 C. pénal roum. (cf. art. 128 C. p. fr.) de la séparation des pouvoirs. D'autre part, les tribunaux administratifs créés par la loi de 1929 (Comités de revision) qui seraient le plus en mesure de statuer sur l'utilité d'une gestion d'affaire administrative, ne sont que des juridictions de recours pour excès de pouvoir.

Or, s'il est *interdit* (art. 109 C. pén. roum. cf. art. 128 C. pén. fr.) aux tribunaux judiciaires de statuer sur les questions qui entrent dans les prérogatives souveraines de l'administration, comme la question qui nous occupe, *la Cour d'appel siégeant au contentieux administratif* (système de la loi de 1925) *est obligée de statuer, sous peine de dénier de justice* (art. 3 C. civ. roum. ; art. 152 C. pén. roum. ; cf. art. 4 C. civ. fr. ; art. 185 C. pén. fr.). Nous croyons que les textes des lois cités suffisent à donner aux Cours d'Appel siégeant au contentieux administratif la qualité de juges administratifs de droit commun.

date du procès-verbal de réception provisoire (272), l'entrepreneur demeure responsable de ses ouvrages ; il est tenu de les entretenir et de les réparer à ses frais. Cependant, il ne répond pas du vice du sol qui est choisi par l'administration, ni du vice du plan auquel il est tenu de se conformer, ni des vices des matériaux dont l'emploi est prescrit par l'administration (Barry et Texier, *Commentaire*, 17^e édit., art. 47, n^o 9).

L'ensemble de ces règles stipulées dans les cahiers des clauses et conditions générales est une dérogation au droit commun. En effet dans le droit civil l'entrepreneur a le droit de contraindre le propriétaire à prendre livraison de travaux achevés. Il suffit qu'ils soient exécutés conformément aux conditions du contrat pour que l'entrepreneur puisse obtenir le paiement. Dans la matière des travaux publics l'administration agissant dans l'intérêt public doit prendre toutes précautions afin que les travaux soient de la solidité requise pour servir à l'usage public.

A l'expiration du délai de garantie les travaux seront examinés à nouveau et s'ils satisfont, l'Administration procédera à la *réception définitive*. La réception sera constatée par un procès-verbal de la même manière que pour la réception provisoire. Elle met fin à l'entreprise, le lien contractuel sera dissous et l'entrepreneur aura le droit au paiement et à la restitution de sa garantie. Il continue cependant à répondre par la garantie décennale (v. *infra*).

e) *Les sanctions de l'inexécution des clauses contractuelles.* — Lorsque l'entrepreneur ne se conforme pas aux clauses et conditions des cahiers des charges, l'administration peut appliquer les sanctions suivantes : 1^o Prononcer des amendes conformément aux stipulations du contrat ; 2^o Mettre l'entrepreneur en régie à ses frais ; 3^o Résilier le marché.

1^o Les amendes

Cette sanction prévue par les cahiers des charges générales est employée surtout lorsqu'il s'agit de manquements légers de l'en-

(272) Ainsi il est décidé que la mise en circulation par l'Administration d'une ligne de chemin de fer construite par un entrepreneur n'équivaut pas à une réception provisoire, lorsque les formalités prescrites par le cahier des clauses et conditions générales n'ont pas été accomplies (Cass., I., déc. n^o 40 du 23 février 1881, *Braicoff*, B. C., 1881, pp. 104 et suiv.).

trepreneur à ses obligations ; par exemple un retard peu sensible dans l'exécution des travaux. C'est une application de la « clause pénale » du droit commun (art. 1142 et 1229 C. civ. franç. ; art. 1075 et 1009 du C. civ. roum.). Elles se font sous la forme de retenues sur le montant des travaux adjugés. L'administration peut encore accorder à l'entrepreneur en demeure un délai de grâce, sans que ce fait entraîne la remise de l'amende (Cass. I, déc., n° 137-1896, B. C. 1896, p. 1026).

2° La mise en régie

La mise en régie ne doit pas être confondue avec la régie. En effet, la première suppose un contrat préexistant passé entre l'administration et un entrepreneur. Lorsque cet entrepreneur ne tient pas les engagements par lui contractés, l'administration fait intervenir un moyen intermédiaire qui permet de maintenir le contrat et de continuer les travaux en évitant de cette manière tout retard dans l'exécution des travaux. L'administration se substitue donc à l'entrepreneur ou bien encore elle fait substituer une autre personne à la place de l'entrepreneur défaillant, par une nouvelle adjudication ou par un simple marché de gré à gré.

La mise en régie est une prérogative exorbitante de l'administration, dérogeant au droit commun, en ce qu'elle est prononcée par une décision administrative. Il n'y a pas besoin d'une autorisation de justice comme il est prévu par l'art. 1144 C. Civ. fr. (cf. art. 1077 C. civ. roum.). Cette prérogative s'explique par le fait que l'administration dispose de son pouvoir d'action d'office, ses décisions sont exécutoires, elle n'a pas donc besoin de recourir à l'intermédiaire du tribunal. (v. Christophle, I, n°s 879 et suiv. ; Achille Mestre, *Cours de doctorat*, 1928-29, pp. 31 et suiv.).

Les cahiers des clauses et conditions générales pour les entreprises de travaux publics prévoient les cas où la mise en régie peut être prononcée ; ce sont en général les cas de résiliation du contrat. De quelque manière que l'entrepreneur manque à ses obligations, soit qu'il compromette le succès des opérations par son incurie ou sa négligence soit qu'il ne se conforme pas aux ordres de l'ingénieur chef des travaux ou aux clauses du marché ; l'administration peut prononcer aussi bien la résiliation que la mise en régie, sans que cette dernière mesure soit une préliminaire indispensable de la première (Christophle, I, n°s 1222, 1224).

La mise en régie est l'objet de nombreuses critiques de la part des anciens auteurs (v. Barry : *Commentaire des clauses et conditions des ponts et chaussées*, Christophle, I, p. 413) est principalement à raison des inconvénients qu'elle entraîne pour les entrepreneurs. »... Les entrepreneurs voient dans la régie une cause presque certaine de ruine. La substitution en leur lieu et place d'un tiers qui, touchant un traitement fixe, n'a point d'intérêt personnel à l'exécution économique des travaux ; qui, avant tout est l'homme de l'Administration et toujours disposé à céder à ses exigences, quelque coûteuse qu'elles puissent être, amène en effet trop souvent pour eux les plus fâcheux résultats. « C'est pourquoi les auteurs cités recommandent plutôt la résiliation que la mise en régie.

Cependant nous croyons que la résiliation n'est guère une sanction moins sévère que la mise en régie. En effet, s'il s'agit d'une résiliation avec réadjudication à la folle enchère, cette réadjudication affecte aussi bien le cautionnement déposé par l'entrepreneur déchu que s'il s'agissait de la mise en régie, car conformément aux dispositions des cahiers des charges générales le cautionnement définitif (qui est sauf dérogation des cahiers des charges de 60 % du prix des travaux d'après le décret du 7 juillet 1927) sert aussi bien pour couvrir la différence de prix qui résulterait d'une folle enchère que pour combler les excédents de dépenses qui résulteraient de la régie aux frais de l'entrepreneur. Par contre si la régie ou la folle enchère amène une diminution dans les dépenses, l'entrepreneur ne peut réclamer aucune part à ce bénéfice, qui reste acquis à l'administration.

De plus en cas de résiliation l'entrepreneur déchu est menacé non seulement de la perte plus ou moins sensible de son cautionnement mais aussi des dommages-intérêts résultant de l'inexécution de ses obligations si à la suite de la résiliation prononcée il résulterait un retard dans l'exécution des travaux.

D'autre part les critiques que nous venons de citer sont relatives au cas où l'administration continue les travaux par la régie. C'est pourquoi il est souhaitable que la mise en régie ne soit qu'une *mesure purement provisoire* sans tendre à perpétuer un état de choses préjudiciable à l'entrepreneur. Lorsque la mise en régie cesserait d'être nécessaire l'administration devrait rétablir l'entrepreneur dans ses droits. Que s'il persiste dans sa mauvaise volonté

ou incurie l'administration devrait prononcer sans retard la résiliation.

Par contre ces critiques ne sauraient être fondées lorsqu'il s'agirait d'une mise en régie avec réadjudication sur folle enchère, et lorsque le rabais offert par le nouvel adjudicataire, et accepté par l'administration, sur le même devis, serait moins fort que celui de l'entrepreneur évincé. Dans la majorité des cas les difficultés qui surviennent dans l'exécution des marchés ont leur source justement dans les rabais excessifs consentis par les entrepreneurs. Ils se rendent compte plus tard que l'exécution des travaux non seulement ne leur fournit pas les bénéfices espérés mais les expose à des pertes. Par conséquent, c'est aux entrepreneurs seuls à s'imputer l'aléa qui résulte de leurs engagements dont ils doivent supporter les conséquences.

C'est donc à l'entrepreneur qu'incombent toutes les conséquences normales de la régie ou de la réadjudication sur folle enchère et toutes les dépenses faites pour l'achèvement des travaux. Il ne doit supporter par contre les dépenses de luxes frustratoires et inutiles ou résultant d'une mauvaise gestion (Christophle, I, p. 432, et la jurisprudence citée).

3° La résiliation du contrat d'entreprise

A) *La résiliation de droit commun.* — Le contrat d'entreprise de travaux publics étant « *intuitu personæ* » est résilié de plein droit : a) au décès de l'entrepreneur (art. 1795, 1796, C. civ. fr. ; art. 1486, 1487, C. civ. roum.) ; b) à la suite de l'incapacité résultant de l'interdiction qui frapperait l'entrepreneur (art. 1124, C. civ. fr. ; art. 950 C. civ. roum.) ; c) à la faillite de l'entrepreneur (art. 443 C. de com. fr. ; art. 717 C. de com. roum.). L'Administration reste libre dans ce cas-là d'accepter s'il y a lieu les offres qui peuvent être faites par les créanciers pour la continuation de l'entreprise (art. 37 du cahier des ponts et chaussées de 1866 ; art. 37 et 38 du décret du 7 juillet 1927). Ajoutons encore une autre conséquence de la nature strictement personnelle du contrat d'entreprise : la résiliation par clause portant l'interdiction de sous-traités. L'art. 11 du décret du 7 juillet 1927 (cf. art. 9 du cahier des ponts et chaussées de 1866) interdit à l'entrepreneur la cession totale ou partielle de son entre-

prise. Le même article prévoit comme sanction la résiliation pure et simple du marché soit la réadjudication sur folle enchère.

D'autre part, l'entrepreneur peut demander devant les instances compétentes, la résiliation du contrat conformément à l'art. 1184 C. civ. fr. (cf. art. 1020 C. civ. roum.). Les cas où l'entrepreneur pourrait demander la résiliation prévue par les cahiers des charges généraux, ne dérogent pas au droit commun :

a) Lorsque en cours d'une entreprise les prix subissent une augmentation sensible bouleversant les conditions du marché. L'entrepreneur peut en ce cas réclamer un supplément du prix ou bien demander en justice la résiliation.

b) Lorsque pendant le cours de l'entreprise et sans changer les charges et les prix, il serait ordonné par l'administration d'augmenter ou de diminuer la masse des travaux, et que l'entrepreneur n'accepterait pas ces diminutions ou augmentations. Dans ce cas-là, quoique l'entreprise soit résiliée par décision administrative, l'entrepreneur saisira les instances compétentes par la fixation des indemnités qui lui seraient dues.

c) Lorsque l'administration ordonnera l'ajournement, de plus d'un an avant ou avant le commencement des travaux, et lorsque l'entrepreneur n'aurait pas acquiescé à l'ajournement, il pourra demander en justice la résiliation du contrat. Dans ce cas-là, il peut demander non seulement la restitution du cautionnement, mais aussi des dommages-intérêts à raison des préjudices qu'il aurait souffert par ce fait. Lorsque l'entrepreneur aura demandé une indemnité pour ses matériaux, l'administration pourra les reprendre à la place de l'indemnité due. Aucune indemnité ne sera due lorsque l'ajournement ou la cessation sera ordonnée à la suite de la faute de l'entrepreneur ou bien à la suite d'un cas fortuit (art. 33 du décret du 7 juillet 1927 ; Christophle, n^{os} 1274-1298).

B) *La résiliation de droit administratif.* — 1. La résiliation prononcée contre l'entrepreneur à la suite de sa faute ou négligence.

En principe les événements qui mettent fin au marché de travaux publics sont les mêmes que ceux du droit commun. La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfait

point à son engagement (art. 1184 C. civ. fr. ; art. 1020 C. civ. roum.). « De quelque manière que l'entrepreneur manque à ses obligations, soit qu'il compromette le succès des opérations par son incurie ou par sa négligence, soit qu'il modifie malgré les ordres des ingénieurs ou les prescriptions du devis, les conditions de l'entreprise, l'Administration a, en toute hypothèse, le droit de prononcer la résiliation » (Christophe, I, n° 1222).

Seulement, par dérogation au droit commun, les cahiers des charges générales donnent droit à l'Administration de prononcer la résiliation par une décision administrative. C'est un privilège exorbitant de droit commun, qui réside dans ce fait que les décisions administratives sont, par leur nature, exécutoires et que l'Administration a dans toutes les circonstances le droit d'action d'office. Dans le droit administratif la dénonciation de la part de l'Administration d'un contrat équivaut à la résiliation. L'Administration ne prend jamais le rôle du demandeur, elle n'a pas besoin de saisir les tribunaux afin de prononcer une mesure qu'elle estime juste et opportune pour la gestion des intérêts publics. « Alors que les particuliers, pour résilier leur contrat, sont obligés de s'adresser aux tribunaux (art. 1184, C. civ. fr.), l'Administration n'a, en principe, qu'à prononcer par voie unilatérale la résiliation sauf à l'intéressé à s'adresser aux tribunaux pour leur demander de faire tomber la décision en question. L'Administration joue devant le tribunal le rôle de défenderesse, de telle sorte qu'elle n'a aucune espèce de preuve à fournir ; il faut que ce soit le particulier qui se plaigne de la résiliation, en protestant contre la résiliation unilatéralement prononcée par l'Administration, et qui prenne les devants ; il lui faut aller devant les tribunaux et faire devant les tribunaux la preuve que la résiliation a été prononcée à tort par l'Administration » (v. Achille Mestre, *Cours de doctorat*, 1928-29, p. 32).

2. La résiliation peut encore être prononcée par l'Administration sans que l'entrepreneur soit en faute.

L'Administration a le droit incontestable de résilier le marché sur la base de l'art. 1794 du Code civil français : « Le maître peut résilier, par sa simple volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes les dépenses, de tous ses travaux ; et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise. »

Cette règle de déoit commun, qui doit être appliquée non seulement aux marchés à forfait mais *a fortiori* aux marchés à tant la pièce et à tant la mesure (v. Troplong, Du louage, n^{os} 1028 et 1029 ; Christophle, I, N^o 1235), fut adoptée par l'art 34 du cahier des Ponts et Chaussées de 1866, permettant à l'Administration de prononcer la résiliation du contrat pour tous les cas non prévus par les cahiers de charges : « Lorsque l'Administration ordonne la cessation absolue des travaux, l'entreprise est immédiatement résiliée. »

Le Code civil roumain n'a pas reproduit au Titre VII, Chap. 5 sur le louage d'ouvrage, l'art. 1794 de son modèle d'origine. C'est pourquoi nous avons rangé cette forme de résiliation parmi celles du droit administratif. Dans le droit roumain, c'est toujours un privilège exorbitant de l'Administration de prononcer la résiliation unilatérale du contrat d'entreprise.

En effet, l'art. 33 du décret du 7 juillet 1927, reproduisant l'art. 34 du cahier des Ponts et Chaussées, consacre textuellement le droit de l'administration de résilier le contrat d'entreprise en dehors des cas expressément prévus par les cahiers de charges.

On voit donc que les entreprises de travaux publics, dans l'ensemble des règles spéciales édictées par le cahier des clauses et conditions générales, apportant de sensibles dérogations au droit commun. L'intérêt public qui est géré par les travaux publics imprime au contrat d'entreprise un caractère particulier ; par les clauses exorbitantes de droit commun le marché de travaux publics appartient aux *contrats administratifs*.

4° Les conséquences de la résiliation

Après la prononciation de la résiliation, l'Administration reste libre de continuer les travaux en régie, par une réadjudication ou bien, en cas d'urgence, par un marché de gré à gré.

Elle aura le droit de disposer, si la résiliation est prononcée contre l'entrepreneur en faute, du cautionnement déposé par l'entrepreneur, sans demander une autorisation de justice, pour prélever aux décomptes généraux l'excédent de prix qui résulterait de la réadjudication sur folle enchère (273) ou de l'application de la

(273) Cependant l'entrepreneur ne serait pas tenu de supporter l'excédent de prix d'une réadjudication sur folle enchère, lorsque cette réadjudication aurait

régie. En dehors du cautionnement, l'entrepreneur reste responsable avec tous ses biens des dommages résultant de la résiliation du contrat intervenue par sa faute, et qui dépasseraient le montant de son cautionnement.

Quant aux autres conséquences de la résiliation qui se manifestent sous la forme de l'indemnité, reprise des outils et ustensiles indispensables à l'entreprise, et reprise des matériaux approvisionnés, il faut distinguer les quatre hypothèses de la résiliation ci-dessus examinée, savoir :

1° *La résiliation de plein droit* (décès, incapacité, faillite de l'entrepreneur) étant en général une suite d'événements en dehors de la volonté de l'entrepreneur et par conséquent assimilable aux cas de force majeure il ne peut être question d'aucune indemnité. En ce qui concerne la faillite imputable à l'entrepreneur « l'Administration a fort sagement agi en ne demandant pas une indemnité qui n'aurait pas pu lui être payée » (Christophle, I, N° 1271). Elle devrait donc se contenter d'être payée jusqu'à la concurrence du montant du cautionnement.

La question de la reprise des matériaux est résolue par les cahiers des charges, par dérogation ou droit commun ou les risques d'un cas de force majeure sont supportés par les deux parties ; l'Administration dispose de la faculté de reprendre le matériel ; elle peut obliger le syndic à lui faire livraison des outils et ustensiles de l'entreprise. En cas de décès de l'entrepreneur « pour venir en aide aux héritiers et par bienveillance pour eux, par dérogation au droit commun l'Administration leur a laissé le choix de garder le matériel ou d'en demander la reprise ; au cas où cette demande est formée, la reprise est obligatoire pour l'Administration » (Christophle, I, p. 617, art. 43 du cahier des Ponts et Chaussées.

été faite en inobservation des règles prescrites par la loi sur la comptabilité publique, en l'espèce, lorsque le procès-verbal d'adjudication n'était pas signé par le Ministre ou son délégué (Cass., Roum., I, déc. n° 234, 1892 ; B. C., p. 580, 1892).

Néanmoins l'entrepreneur est sujet à la restitution de son cautionnement lorsque l'Administration, à la suite de la résiliation prononcée contre l'entrepreneur en faute, continue les travaux en régie mais sur d'autres plans que ceux qui ont formé la base de l'entreprise résiliée : « Attendu que l'entrepreneur réclame la restitution du cautionnement versé... Attendu que le gouvernement roumain reconnaît le bien fondé de cette demande... Qu'il y a donc lieu de restituer à l'entrepreneur son cautionnement (Sentence arbitrale du 26 mars 1900, Hallier, L'I. R. du 27 mars 1900),

En ce qui concerne les matériaux approvisionnés, dans tous les cas il faut appliquer les règles du cahier des charges générales d'après lesquelles les matériaux approvisionnés sur l'ordre de l'Administration, déposés sur les chantiers et qui remplissent les conditions du devis sont acquis par l'Etat aux prix fixés par les bordereaux ou établis par les experts.

2° *La résiliation est prononcée par l'Administration contre l'entrepreneur coupable d'avoir méconnu les ordres de l'Administration ou les clauses du marché.* Dans aucun cas l'entrepreneur dont les faits ont amené la résiliation du contrat n'est fondé à réclamer une indemnité (Christophle. I, N° 1232 et la jurisprudence citée) (274).

(274) ...Attendu que le 11 mars 1899 l'entrepreneur a abandonné ses chantiers en signifiant au gouvernement roumain qu'il cessait dorénavant tout travail dans le port de Constantza... Attendu qu'il n'a pu produire aucun motif valable ou recevable de sa détermination et qu'il doit en subir seul toutes les conséquences ; d'où il suit qu'il y a lieu de déclarer que la mise en régie par le gouvernement roumain des travaux du port de Constantza est légale et pleinement justifiée et que l'entrepreneur est mal fondé à réclamer à l'Etat roumain des dommages-intérêts de ce chef ; qu'il y a donc lieu de rejeter la demande de l'entrepreneur relative au payement de la somme de 2.500.000 francs pour la mise en régie illégale et le discrédit en résultant ; de même que celle relative à la somme de 5.926.150,33 pour le manque à gagner, d'ailleurs hypothétique, étant donné le rabais de 23,80 % imprudemment consenti par l'entrepreneur... (Sentence arbitrale du 26 mars 1900, *Hallier*, L'I. R. du 27 mars 1900).

Cependant, après avoir de cette façon établi la responsabilité de l'entrepreneur conformément aux principes de droit, ainsi qu'ils résultent des dispositions du cahier des clauses et conditions générales, les arbitres se sont montrés d'une certaine clémence envers l'entrepreneur, en adoucissant les rigueurs du droit par l'application des principes d'équité : « Attendu qu'il résulte des débats et des pièces... que de nombreux retards dans l'exécution des travaux ne sont uniquement imputables à l'entrepreneur et qu'au contraire la responsabilité de l'Administration se trouve également engagée et particulièrement du fait des modifications considérables introduits après coup dans les plans du port de Constantza ;

Attendu que si ces retards et ces modifications qui datent en grande partie des premières années de travail, ne sauraient ni expliquer ni justifier l'abandon des travaux par l'entrepreneur, il n'en est pas moins vrai que ce dernier a subi de ce chef de sérieux dommages dont il est équitable de lui tenir compte ;

Attendu que les frais généraux dans toute entreprise de ce genre sont beaucoup supérieurs dans les premiers temps que plus tard et que, lorsqu'une entreprise finit d'une manière normale, cet excès de frais généraux des premières années se répartit sur l'ensemble des travaux et doit, par suite, équitablement porter aussi sur la période d'exécution restée à la charge de l'Etat roumain ;

Attendu que dans ces conditions, il n'est pas équitable que l'entrepreneur subisse seul ces pertes provoquées par l'immobilisation des capitaux et les frais

Cependant il aurait le droit de demander une indemnité lorsque la résiliation serait suivie d'une réadjudication à la folle enchère et que les projets primitifs subiraient de modifications essentielles, tenant tant à leur forme qu'à leur dimension. Il s'agirait alors d'une nouvelle entreprise et différente de celle dont l'entrepreneur avait accepté les chances. Par conséquent, il est équitable de l'exonérer de toutes les conséquences de la résiliation et de plus de lui accorder une indemnité (Christophle, I, n^{os} 1231, 1232, et la jurisprudence citée).

En ce qui concerne la reprise des matériaux existants (outils et ustensiles) les cahiers des charges générales prévoient qu'elle est facultative pour l'Administration, sauf toutefois si elle n'estimait pas que les matériaux lui soient utiles pour la continuation des travaux. Dans ce cas, l'Administration peut se réserver la faculté de les acquérir.

Par contre les matériaux approvisionnés par ordre de l'Administration et qui rempliraient les conditions du devis doivent être acquis obligatoirement par elle, aux prix du devis (Christophle, n^{os} 1233, 1234, 1250 et suiv., et la jurisprudence citée).

3° *La résiliation est demandée par l'entrepreneur et prononcée par la justice contre l'Administration* (v. *supra*).

4° *La résiliation est prononcée par l'Administration en dehors de toute faute de la part de l'entrepreneur.*

Conformément aux dispositions du cahier des clauses et conditions générales, l'entrepreneur pourra demander des dommages-intérêts, il aura encore le droit de réclamer le rachat des outils et ustensiles, de même que la reprise des matériaux approvisionnés sur l'ordre de l'Administration (Christophle, I, 1244 ; Cass. roum., II, Déc. n^o 205-1896, B. C. 1896, p. 1381).

f) *Les risques de l'entreprise.* — Conformément à l'art. 34 du décret du 7 juillet 1927 (art. 48 du cahier des ponts et chaussées de 1866) toutes les avaries ou dégradations occasionnées, au cours de la construction et avant la réception définitive des travaux, par la négligence, défaut de moyens ou l'exécution défectueuse des travaux, regarderont l'entrepreneur et son cautionnement.

Lorsque les avaries seraient dues à un cas de force majeure comme tempêtes, inondations, tremblements de terre, guerres et

généraux et que, pourtant il est juste d'accorder à l'entrepreneur un dédommement de ce chef, etc.

autres, l'entrepreneur ne pourra demander un dédommagement que s'il est constaté que les dommages causés par ces événements n'auraient pu être évités.

Lorsqu'il s'agit de travaux hydrauliques, l'entrepreneur ne peut demander aucune indemnité pour les dégâts causés par les crues de la rivière, même excessives, sauf le cas où la hauteur des eaux a dépassé les plus grandes cotes enregistrées jusqu'ici à l'endroit des travaux.

Les dommages-intérêts seront accordés seulement pour les travaux exécutés et les matériaux approvisionnés dont la vérification a été faite par l'ingénieur chargé de la direction des travaux.

Lorsque l'entrepreneur n'est pas en faute, malgré les termes employés par le cahier des clauses et conditions générales, on doit faire une distinction entre le cas forfuit et la *force majeure*, c'est-à-dire l'événement étranger qui n'est pas susceptible de prévisions ou bien s'il l'est, doit inévitablement se produire sans qu'il soit possible de l'empêcher (v. Collin, Capitant : *Dr. civ.*, 4^e éd., t. II, pp. 10-12).

C'est donc une dérogation au droit commun où « res perit pro domino » (275), indifféremment si la perte provient de son imprudence ou d'un événement de force majeure (art. 1788, C. civ. fr. ; art. 1479 C. civ. roum.). Le motif de cette dérogation est que l'entrepreneur de travaux publics ne doit pas être traité avec la rigueur du droit commun. « L'Administration n'est pas, vis-à-vis des entrepreneurs, dans la position où se trouve un propriétaire qui engage toute sa fortune dans une construction. Elle a un immense intérêt à ce que l'entrepreneur ne soit pas ruiné subitement par un de ces cas forfuits qui surprennent la prudence humaine. Au lieu de l'abandonner à lui-même, elle lui tend la main, le relève, et par là fait une chose utile au point de vue général, en favorisant l'esprit d'entreprise, dont le concours lui est si nécessaire » (Christophe, I, n° 858).

Quid lorsque les pertes et dommages proviennent de la faute de l'Administration ?

(275) Cependant, d'après la jurisprudence civile, lorsqu'il s'agit des entrepreneurs de construction travaillant avec leurs matériaux sur le sol d'autrui, c'est le maître qui supporte les pertes car les matériaux appartiennent aux propriétaires par accession dès le moment de l'incorporation au sol (Colin et Capitant, 4^e éd., t. II, p. 566).

Il faut appliquer ici les règles du droit commun ; l'Administration reste seule responsable des préjudices causés par sa faute ou par celle de ses agents, et l'entrepreneur aura un droit à l'indemnité (v. Barry, Texier : *Commentaire*, art. 28).

En cas de faute commune de l'entrepreneur et de l'Administration, il y a lieu de partager la responsabilité, en réduction de l'indemnité qui aurait été due à l'entrepreneur, s'il n'avait rien à se reprocher (Berry, Texier, *ibidem*).

g) *La responsabilité décennale.* En l'absence d'une clause dérogatoire des cahiers de charges, l'entrepreneur est soumis aux règles des art. 1792 et 2270 C. civ. fr. (Art. 1483 et 1902 C. civ. roum.) : « Si l'édifice construit à prix fait, périt en tout ou en partie par le vice de la construction, même par le vice du sol, les architectes et entrepreneur en sont responsables pendant dix ans. « Après dix ans, l'architecte et les entrepreneurs sont déchargés de la garantie des gros ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés. »

Ces deux dispositions du Code civil français se complètent en tant qu'à l'encontre de l'art. 1792 qui ne parle que de travaux à forfait, l'art. 2270 prévoit la règle de la responsabilité décennale pour tous les *gros ouvrages*, donc les règles de droit commun sont susceptibles d'être appliquées dans la matière des travaux publics. De plus les articles correspondants du Code civil roumain ne reproduisent pas les termes de « à prix fait » et de « gros ouvrages » par conséquent la règle de la responsabilité décennale des architectes et entrepreneurs doit être générale.

Enfin, par la modification apportée le 29 décembre à l'art. 47 du cahier des ponts et chaussées, on a introduit un alinéa final ainsi conçu : « Réserve est faite au profit de l'Etat de l'action en garantie prévu par les articles 1792 et 2270 C. civ. » (v. Barry et Texier, *Commentaire*, 17^e éd., art. 47).

Mais en dehors de ces arguments de texte, les considérations qui ont édicté cette règle dans le droit commun, sont encore plus impératives dans la matière de travaux publics : « S'il importe que les constructions privées réunissent les conditions de solidité nécessaire pour en assurer la durée, combien à plus forte raison en est-il ainsi lorsqu'il s'agit d'édifices destinés à l'usage commun des citoyens ! » (Christophle, I, n° 1339). En effet, par leur grande envergure et par le fait qu'ils sont destinés à l'usage public, les

travaux publics mal exécutés peuvent donner lieu à des accidents d'extrême gravité.

Ainsi le Conseil d'Etat a maintes fois décidé que la réception définitive des travaux n'a comme effet que la fin de l'entreprise et toutes les conséquences qu'elle entraîne à propos du règlement de comptes, restitution du cautionnement, etc., mais qu'elle ne décharge nullement l'entrepreneur de son obligation de garantir pendant dix ans les ouvrages (Christophle, I, n° 1340 et la jurisprudence citée).

De même, la jurisprudence roumaine a décidé que la responsabilité décennale prévue par l'art. 1483 du Code civ. roum. est générale ; elle s'applique aussi aux entreprises de travaux publics (Appel Bucuresti, III, Déc. n° 278-1881, « Dreptul », 1882, p. 125).

Il est encore jugé que la réception par l'Administration des travaux ne décharge pas l'entrepreneur de la garantie qu'il doit pendant 10 ans, conformément aux art. 1483 et 1902 C. civ. roum. Elle a comme seul effet de constater l'achèvement des travaux dans les conditions prescrites par le contrat (Cass. roum. I, Déc. n° 30 du 9 février 1920, J. R. 1920, p. 237).

Le délai de la responsabilité décennale court du jour de l'achèvement des travaux, ou bien, si cette date ne saurait être précisément établie, de la date du procès-verbal de réception définitive des travaux (Barry et Texier, *Commentaire*, 17^e éd., art. 47, n° 15 ; Christophle, I, n° 1393 et la jurisprudence citée par les auteurs).

Quelle est l'étendue de la garantie décennale ? L'entrepreneur doit-il garantir aussi l'exactitude des plans et la solidité du sol ?

Cette question doit être résolue d'une manière négative. En effet, à la différence de l'architecte et de l'entrepreneur de travaux privés, l'entrepreneur de travaux publics exécute les ouvrages d'après les plans élaborés par l'Administration et sur le terrain qu'elle désigne par l'enquête préalable. Il serait donc inéquitable d'imputer à l'entrepreneur les dégâts qui seraient la suite, non pas d'une mauvaise exécution, mais des vices du plan et du sol (Appel Galatzi, II, « Dreptul », 1895, p. 330). C'est d'ailleurs le point de vue du Ministère français des Travaux publics qui, dans la circulaire du 29 décembre 1910, s'exprime ainsi : « Il ne paraît pas possible sans doute d'invoquer contre les entrepreneurs de travaux des ponts et chaussées la responsabilité décennale pour les vices du plan et du sol, mais elle peut l'être très légitimement pour les fraudes et les

malfaçons qui sont commis malgré la surveillance des agents de l'Etat. »

Il en serait autrement si l'entrepreneur investi de la confiance de l'Administration avait choisi lui-même le terrain ou bien avait été chargé, lors d'un marché de gré à gré par exemple, d'élaborer les plans des travaux (cf. Christophle, I, n° 1354).

Quid lorsque l'entrepreneur a découvert les vices du sol et du plan, a continué malgré cela les travaux ? Cette question a été solutionnée d'une manière identique par la jurisprudence française et roumaine (Cons. d'Etat, 31 août 1861, *Baron*, Lebon, 789 ; 6 mars 1872, *Commune de Bains de Rennes*, Lebon, 134 ; cf. Christophle, I, n° 1357 ; Cass. Roum., II, 2 oct. 1896, *Ville de Bucarest*, B. C. 1896, p. 1384). Voici la solution donnée par la Cour de cassation roumaine : « Considérant, que, lorsqu'il s'agit des travaux publics de l'Etat, des départements ou d'une commune, les ouvrages sont exécutés d'après les plans élaborés par les ingénieurs au service de l'Etat, départements et communes, qui sont compétents pour se rendre compte de la solidité du sol sur lequel ils feront exécuter lesdits travaux. Il serait injuste de soumettre l'entrepreneur à la responsabilité pour vices des terrains, car il est obligé par le contrat d'exécuter les travaux sur les terrains désignés par les services techniques de l'Administration. Que cette irresponsabilité de l'entrepreneur doit subsister même lorsqu'il est évident que la commune a arrêté les plans des ouvrages trop importants, d'une manière hâtive et d'après des études insuffisantes. » Néanmoins, l'instance du fond constatant que l'entrepreneur a continué les travaux malgré la découverte par lui des vices en question, la Cour de cassation lui reproche ce fait, et le condamne à supporter la moitié des dommages causés par l'écroulement des travaux.

h) *De la compétence en matière de travaux publics.* — 1° *En France.* — Nous avons vu qu'en droit français, les difficultés qui naissent à l'occasion de l'exécution des travaux publics entre l'Administration et les entrepreneurs sont, conformément à l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, de la compétence du Conseil de Préfecture, sauf appel devant le Conseil d'Etat, à l'exclusion des litiges soulevés à propos des contrats conclus entre les entrepreneurs et les tiers (sous-traitants, ouvriers) qui relèvent des tribunaux ordinaires.

Sous ce rapport donc, le Conseil de Préfecture est le *juge du contrat* d'entreprise, c'est-à-dire de l'interprétation et de l'exécution des clauses et conditions des marchés de travaux publics.

Par conséquent, le Conseil de Préfecture ne pourrait annuler les actes administratifs qui interviennent dans les opérations de travaux publics (décisions portant la mise en régie, la résiliation, démolition, etc). Il ne lui appartient pas d'apprécier l'opportunité de ces mesures ; il peut seulement statuer sur les demandes en indemnités formulées par les entrepreneurs frappés par les décisions en question (v. Laferrière, II, 131). Le Conseil de Préfecture n'est donc à aucun titre une instance d'annulation.

Comme juge du contrat, le Conseil de Préfecture peut encore prononcer la résiliation du marché, sur la demande de l'entrepreneur, dans les cas que nous avons examiné ci-dessus. Enfin, il est l'instance compétente pour statuer sur les difficultés relatives aux décomptes définitifs de l'entreprise.

Nous avons vu également que la compétence du Conseil de Préfecture étant « *ratione materiæ* », est d'ordre public, sauf la dérogation prévue par l'art. 69 de la loi de finances du 17 avril 1906 ; qui admet l'arbitrage en matière de liquidation des comptes des travaux publics de l'Etat, départements et communes. De plus, le décret du 24 décembre 1907 a organisé un Comité consultatif de règlement amiable des entreprises de travaux publics. Le rôle de ce Comité est la *conciliation* ; il ne rend pas des arrêts mais de simples *avis*, non obligatoires pour les parties (276). Saisi par un entrepreneur, le Comité a donné son opinion sur le bien-fondé ou la régularité d'une mise en régie ou résiliation. Les parties pourront également lui soumettre les règlements à l'amiable des comptes finaux de l'entreprise. Dans tous les cas, le recours devant le Conseil de Préfecture reste ouvert, sauf pour la déchéance qui résulterait de l'inobservation des délais du recours, prévus par le cahier des clauses et conditions générales des ponts et chaussées. Pour éviter la forclusion, en pratique, les parties commencent par saisir le Conseil de préfecture.

Le Comité peut prendre le rôle d'arbitre lorsque les parties ont consenti par un compromis. Mais dans ce cas-là sa compétence retombe dans les cadres limités par l'art. 69 de la loi du 17 avril 1906.

276) V. C. d'Et., 27 janv. 1928, *Bardot*, Lebon 137, cf. Jèze, *Contr. adm.*, II, 506.

La question qui se pose maintenant est de savoir quelle est l'instance qui pourrait prononcer l'annulation de l'acte de résiliation prononcée à tort par l'Administration ? Le Conseil de Préfecture ne le peut pas, étant exclusivement le juge du contrat. Il faudrait donc admettre que ce sera le Conseil d'Etat qui annulera la décision. Cependant il n'est pas ainsi. Il faut reconnaître qu'il n'y a aucune voie de recours contre un acte administratif intervenant dans l'exécution du marché :

« La jurisprudence du Conseil d'Etat considère comme absolu, indiscutable, le droit de l'Administration d'ordonner à tout instant, la cessation des travaux. Elle en tire une conséquence tout à fait contestable. Lorsque l'Administration prononce la résiliation du marché aux torts de l'entrepreneur... le Conseil d'Etat peut être appelé par l'entrepreneur à constater que la faute alléguée n'existe pas et que, par suite, l'Administration n'aurait pas dû prononcer la déchéance, la résiliation. Logiquement, il faudrait dire que la décision de résiliation pourra être annulée par le juge, et que l'entrepreneur pourra être remis en possession de son marché. Cette solution serait la plus avantageuse pour l'Administration. L'indemnité de résiliation pourrait être moins élevée, à raison des bénéfices que retirera l'entrepreneur de la continuation de l'exécution du marché » (Jèze, *Contr. ad.*, II, p. 283).

L'explication de cette jurisprudence doit être cherchée dans l'art. 1794 du Code civil qui donne droit au maître d'ouvrage de rompre le contrat par sa simple volonté même si l'entrepreneur n'est pas en faute, à la condition de l'indemniser (v. les conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Romieu, Conseil d'Etat, 20 janvier 1905, Lebon 57, cité par M. Jèze, *ibidem*, p. 284). Nous avons vu que cette disposition a été adoptée par le cahier des ponts et chaussées, et attachée à l'ensemble des privilèges qui constituent la théorie de la résiliation administrative du contrat d'entreprise de travaux publics.

Sur ce point, il y a une différence essentielle entre la résiliation d'une entreprise et la résiliation d'une concession, car ainsi que nous le verrons dans le chapitre suivant, l'acte administratif portant la résiliation d'une concession est susceptible d'être annulé par le Conseil d'Etat. Cette différence réside dans le fait que l'entrepreneur est toujours sous les ordres directs de l'administration, par contre le concessionnaire est seulement sous son contrôle (v. les conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Chardenet,

Conseil d'Etat, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, cf. Laferrière, I, 131 ; Jèze, *Contr. adm.*, II, p. 285, note).

2° *En Roumanie.* — En l'absence de toute disposition, il paraît que la compétence en matière de contestations relatives à l'exécution du contrat d'entreprise est celle des tribunaux ordinaires, sauf dérogation des parties par clause compromissaire ou compromis. Le juge du contrat serait donc le tribunal civil.

Cependant il n'en est ainsi ; le contrat d'entreprise de travaux publics est un contrat administratif, donc à ce titre, il doit échapper de plein droit à la compétence des tribunaux ordinaires.

En effet, par l'exécution des travaux publics l'Administration n'agit pas comme un simple particulier mais bien au contraire il poursuit un but d'utilité générale. Le contrat qu'elle passe avec un entrepreneur de travaux publics n'est pas un simple contrat de louage d'ouvrage du droit privé qu'un propriétaire conclu lorsqu'il confie à des gens d'art la construction de sa maison, mais un contrat de nature spéciale régi par les règles administratives comprises dans le cahier des clauses et conditions générales (décret du 7 juillet 1927) qui accordent à l'Administration des privilèges exorbitants qu'un simple particulier ne saurait jamais s'attribuer. Ces privilèges sont toujours donnés à l'Administration lorsqu'il s'agit des intérêts publics, pour qu'elle ne soit pas gênée dans son activité dirigée vers un but d'utilité publique, et pour qu'elle puisse faire plier les intérêts privés devant les intérêts publics.

Ce serait donc un empiètement sur l'Administration et une violation du principe de la séparation des pouvoirs, sanctionné par l'art. 108 C. Pénal Roum. (cf. art. 127 C. P. Fr.) (v. supra) d'admettre que les juges de droit commun puissent gêner l'Administration, lors d'un débat contentieux, dans l'accomplissement de sa mission.

Même si on se place du point de vue de la loi du 23 décembre 1925 qui limite le contentieux administratif roumain aux actes administratifs d'autorité, en violation d'une disposition expresse de la Constitution, on doit reconnaître que le contentieux du contrat d'entreprise de travaux publics ne saurait pas être de la compétence des tribunaux ordinaires.

En effet le contrat d'entreprise de travaux publics n'est pas un acte de gestion privé que l'Etat passe comme tout autre particulier

en gérant son patrimoine. Au contraire, c'est un acte de gestion publique qui renferme une manifestation de puissance publique par laquelle l'Administration prévoit la satisfaction des nécessités publiques. C'est un contrat administratif.

La Cour de cassation roumaine, statuant au contentieux administratif, ne s'est encore pas prononcée sur la nature administrative du contrat d'entreprise de travaux publics. Elle avait reconnu cependant le caractère de contrat administratif au contrat de concession et services publics, bien que ce contrat a comme basé un contrat de droit privé et comme tel son caractère administratif et moins accentué par rapport au contrat de concession qui n'a pas de semblable dans le droit civil.

Seulement, comme nous l'avons vu, le décret du 7 juillet 1927 a introduit de nombreuses dérogations aux règles qui régissent dans le droit commun le contrat de louage d'ouvrage, dérogations qui sont inhérentes à la nature administrative du contrat d'entreprise des travaux publics. Il est donc à conclure que le contrat d'entreprise de travaux publics présente un caractère nettement administratif son contentieux relevant des tribunaux administratifs.

La question qui se pose maintenant est de savoir si l'entrepreneur pourrait saisir l'instance tutélaire du contentieux administratif de la loi du 3 août 1929 (les comités de revision) ou celui de la loi du 23 décembre 1925 (les Cours d'appel) — lorsqu'il s'agit de travaux de l'Etat, — afin d'obtenir l'annulation de l'acte et sa réintégration dans les droits violés par la décision portant la résiliation du contrat, ou bien l'instance du contentieux administratif de la loi du 23 décembre 1925, lorsque la demande de l'entrepreneur tendrait non seulement à l'annulation de l'acte mais aussi à des dommages-intérêts qui résulteraient pour lui de la suppression de ses travaux pendant la durée du litige.

Cette question ne fut pas encore tranchée par la Section Contentieuse de la Cour de cassation roumaine, ou du moins, une décision y concernant ne fut pas publiée dans les nombreux recueils de jurisprudence que nous avons dépouillés tout au long de nos recherches.

Nous croyons trouver l'explication de cette lacune dans le fait que l'entrepreneur n'a pas le plus souvent un grand intérêt à la continuation des travaux par l'annulation de la décision de résiliation en contentieux administratif. Comme l'a remarqué M. Jèze

(*loc. cit.*), il arrive fréquemment que l'entrepreneur espère toucher une indemnité plus importante que les bénéfices peu probables qu'il pourrait réaliser à la fin de l'entreprise, surtout lorsqu'il a offert un rabais excessif qui est presque toujours la principale cause de sa défaillance. Si on ajoute à cette constatation la possibilité ou l'obligation de recourir à l'arbitrage, on voit l'intérêt de l'entrepreneur à ne pas continuer les travaux et à préférer la décision *en équité* des arbitres qui peuvent être d'autant plus larges pour accorder une indemnité qu'ils ne sont pas tenus par la rigidité des règles du droit.

D'autre part, en ce qui concerne les chefs d'un recours en annulation de l'entrepreneur : 1° l'incompétence ; 2° vices de forme ; 3° la violation de la loi et 4° l'abus ou détournement de pouvoir, il peut arriver que ces quatre conditions classiques ne soient pas suffisantes pour assurer gain de cause à l'entrepreneur frappé par la décision de résiliation.

En ce qui concerne les deux premiers chefs du recours il ne reste aucun doute ; la décision de résiliation doit tomber. Mais la question de *l'illégalité* et du *détournement de pouvoir* soulève les difficultés suivantes :

a) L'entrepreneur doit démontrer que la décision de résiliation viole les clauses du décret du 7 juillet 1927. Or c'est impossible, car l'Administration a dans tous les cas le droit de prononcer la résiliation même si l'entrepreneur n'est pas en faute, par la simple cessation des travaux (art. 33 du décret du 7 juillet 1927). Par contre si l'administration constate la faute de l'entrepreneur et la sanctionne par la résiliation du contrat, c'est à l'entrepreneur de prouver que la décision administrative se fonde sur une *appréciation erronée des faits*. C'est donc un cinquième chef du recours qui a fait d'ailleurs son apparition dans le contentieux français d'annulation (v. A. Mestre, *Cours de doctorat* 1929-1930 (277).

b) Il peut être question de détournement de pouvoir dans un seul cas ; lorsque la décision de résiliation du contrat d'entreprise est donnée pour favoriser, par un marché de gré à gré, un autre entrepreneur, avec lequel l'Administration aurait conclu le nouveau contrat dans des conditions tous autres que celles qui ont été la base de l'entreprise résiliée, c'est-à-dire le montant du rabais

(277) Ce chef de recours est admis également par la jurisprudence roumaine (Cass., III., déc. du 19 oct. 1927. P. R. 1928.3.5).

au-dessous du prix du devis. Alors l'entrepreneur devrait prouver ce détournement de pouvoir, ce qui est d'autant plus difficile que la loi permet à l'Administration de recourir à un marché de gré à gré, à la suite de la résiliation sans qu'elle soit tenue du prix du devis.

Voilà donc les difficultés que l'entrepreneur doit franchir en demandant l'annulation de la décision de résiliation, si toutefois, répétons-le, il trouvait un intérêt dans la continuation des travaux.

§ 3. — *La concession*

a) *La nature juridique du contrat de concession.* — La concession de travaux publics, comme l'entreprise, est un moyen par lequel un particulier engagé par un contrat exécute au compte de l'Administration un ouvrage public.

La différence entre ces deux modes d'exécution des travaux publics réside en ce que l'entrepreneur, après avoir achevé les travaux, est rémunéré par une somme d'argent fixée par le contrat, tandis que la rémunération du concessionnaire (278) est dans le droit de percevoir des taxes sur les usagers des ouvrages construits par lui ou du service public créé par ses travaux (v. Christophle, II, n° 1460 ; Laferrière, I, 605, II, 122, Hauriou, 2^e éd. 793, Achille Mestre, *Cours de doctorat*, 1928-29, pp. 5-6).

S'il s'agit donc d'une entreprise, l'exécution des travaux et leur réception définitive par l'administration met fin au rapport contractuel ; l'entrepreneur touche le prix et ne demeure plus lié à l'Administration que par la responsabilité décennale des ouvrages, si toutefois le contrat n'y a pas dérogé, en limitant ou en supprimant cette responsabilité. Par contre, le concessionnaire en ache-

(278) Lorsque les taxes (tarifs) à percevoir sur les usagers des travaux et services publics construits et créés au moyen de la concession ne suffiraient pas, d'après toutes les prévisions, à rémunérer les concessionnaires, en leur assurant un certain bénéfice d'après les sommes engagées, l'Administration attirera les capitaux privés par des *subventions*, en accordant même quelquefois aux concessionnaires la garantie d'un minimum de bénéfices (*garantie d'intérêt*). Ainsi les clauses financières de la concession peuvent présenter des aspects très variés, seulement, en règle générale, le concessionnaire n'est jamais payé, comme l'entrepreneur, au moment où il achève les travaux. D'autre part, l'Administration s'associe quelquefois au concessionnaire dans les bénéfices que l'exploitation des travaux et services publics peuvent créer, malgré que leur but ne soit pas là, et alors la concession s'approchera sensiblement de la régie intéressée (v. supra).

vant les travaux reste maître des ouvrages et du service public créé, qu'il exploite dans les conditions fixées par l'Administration. Il assume la charge d'assurer le fonctionnement régulier et continu du service public, et les droits qu'il percevra des usagers constitueront sa rémunération. D'autre part le concessionnaire est plus libre à l'égard de l'Administration que l'entrepreneur. Le premier exécute les travaux à ses risques et périls, et il n'est que sous le contrôle de l'Administration, tandis que le dernier reste pendant toute la durée de l'entreprise subordonné à l'Administration ; il doit obéir à ses ordres. De plus, le concessionnaire est investi des prérogatives administratives telles que l'expropriation et l'occupation temporaire, prérogatives que l'entrepreneur ne saurait exercer sans l'intermédiaire de l'Administration. Ainsi, le concessionnaire est en quelque sorte l'associé de l'Administration, qui lui confère des pouvoirs exorbitants de droit commun.

Nous avons dit que le contrat de concession de travaux publics implique presque toujours une concession de service public, (par exemple, la construction d'une ligne de chemin de fer, objet d'une concession) sauf lorsque l'ouvrage public peut donner lieu à la perception de certains droits en dehors de tout service public (par exemple la construction d'un pont à péage). Mais à l'inverse, il n'en est pas ainsi ; en effet, la concession d'un service public peut exister en dehors de tout travail public (279), ou du moins sans que l'élément de travail public soit un facteur important et indispensable du contrat (par exemple la concession d'un service de téléphone qui implique l'entretien et la réparation du réseau. Ce travail n'est pas un élément susceptible de changer la nature du contrat). Donc la différence entre la concession de service public et la concession de travaux publics est bien nette ; dans la concession de service public « l'objet de la concession porte non pas sur les choses matérielles, mais sur les buts immatériels » (Mestre, *Matières adm.*, Cours doct. 1931-32, p. 7). Cette distinction a, dans le droit français, une importance pratique, car elle délimite la compétence des instances destinées à connaître les litiges survenant à l'occa-

(279) Ainsi le Conseil d'Etat a jugé que le contrat passé entre un particulier et une ville, ayant pour objet la capture et la mise en fourrière des chiens errants et l'enlèvement des bêtes mortes ne constitue par un contrat de travaux publics mais un contrat ayant pour but d'assurer un service public (v. C. d'Et., 4 mars 1910 : *Thérond*, Lebon 193 et les conclusions de M. le Commissaire de gouvernement Pichat).

sion de l'exécution de ces contrats. S'il s'agit d'un contrat de concession de travaux publics, les Conseils de préfecture sont compétents, sauf appel devant le Conseil d'Etat (loi du 28 pluviôse an VIII). Au contraire, en matière de concession de service public le Conseil d'Etat, en première et dernière instance, est compétent en vertu de sa qualité de juge administratif de droit commun. Elle fut établie par la jurisprudence du Conseil d'Etat (v. 4 mars 1910, *Thérond*, Lebon 193, et les conclusions de M. le Commissaire de gouvernement Pichat) et consacrée par le décret du 31 mai 1910 sur l'organisation du Conseil d'Etat au contentieux, qui emploie pour la première fois l'expression de concession de service public (v. Hauriou, *Précis*, 11^e éd., p. 793 ; v. encore la note de M. Hauriou sur l'affaire Blanleuil et Vernaudeau, *Notes d'arrêts*, III, 440).

Le contrat de concession de même que le contrat d'entreprise est un *contrat administratif*. Mais si le marché de travaux publics a comme base un contrat de droit civil, le louage d'ouvrage, dont il s'écarte sensiblement, « le contrat de concession est essentiellement administratif qui n'a pas d'analogie dans le droit civil » (v. les conclusions de M. le Commissaire de gouvernement Char-denet, Conseil d'Etat, 30 mars 1916, *Société de gaz de Bordeaux*, Lebon 128, *Gazette des Tribunaux*, 16 avril 1916, cf. G. Jèze : *Contr. adm.*, II, 209 ; *Les principes généraux de dr. adm.*, 3^e éd., t. II, 1930, pp. 272 et suiv.).

Déjà les anciens auteurs ont saisi le caractère « *sui generis* » du contrat de concession qui ne peut être assimilé avec aucun des différents contrats du Code Civil (v. Dufour ; *Traité générale de dr. adm. appliqué*, 3^e éd., t. III, n^{os} 228 et 238 ; Laferrière, I, p. 604 ; Christophle, II, 6) : « Ce n'est pas une vente, car le concessionnaire ne devient pas propriétaire des ouvrages, ce n'est pas un bail ou un louage d'ouvrage, car le concessionnaire a sur les ouvrages des droits plus étendus que ceux d'un entrepreneur ordinaire ; ce n'est pas non plus un des contrats innomés dont parle l'article 1107 C. Civ. » (Christophle, II, 7).

Constatant que les règles du droit commun sont insuffisantes et impropres à répondre aux nécessités de la vie administrative, la jurisprudence et la doctrine administratives françaises ont créé toute une série de théories, par lesquelles on avait transformé et adapté les règles du droit civil, en les complétant par celles du droit public, pour construire le droit administratif moderne. La théorie des contrats administratifs, aujourd'hui admise par la

grande majorité des auteurs (280), est une de ces constructions le plus remarquable du droit public français.

Elle est de plus très logique et pratique, car, dérivant des nécessités même de la vie administrative, elle permet la collaboration de l'administration et des particuliers sur une base juridique qui concilie les intérêts publics représentés par l'Administration et les intérêts privés des particuliers qui poursuivent par ces contrats la réalisation de certains bénéfices.

Le contrat de concession de travaux et services publics nous fournit un exemple éclatant : En effet, si le contrat de concession était régi par les règles du droit privé, l'Administration assimilée à un simple particulier, partie dans un contrat, devrait renoncer nécessairement à toute réglementation du service public concédé conformément aux nouvelles exigences du service. En face de la rigidité du contrat de droit commun l'administration serait désarmée, les intérêts publics sacrifiés : « Les nécessités publiques déjouent en effet toutes les volontés et toutes les prévisions précises. Personne ne peut l'ignorer, et admettre, au moment du contrat, qu'elles demeureront, jusqu'à la fin de la concession, exactement les mêmes qu'à son origine. Il est au contraire inévitable que les nécessités du service varient constamment, avec les conditions économiques et avec les découvertes incessantes de la science » (Ch. Bernier, *Des pouvoirs de l'Administration sur les concessions de travaux publics*, R. D. P., 1927, p. 481).

Mais les désavantages du régime de droit privé seraient aussi sensibles pour le concessionnaire lui-même, car engagé pour longtemps il aurait dû supporter les risques des changements imprévus au début, bouleversant complètement les conditions financières du contrat. Devant les nouvelles conditions imposées par les circonstances économiques imprévues et le principe de la rigidité du

(280) V. les références données par M. Louis Rolland dans deux chroniques publiées dans la R. D. P. 1909, p. 520 et suiv., et 1910, p. 116 et suiv. ; G. Jèze : *Principes généraux de dr. adm.*, 3^e éd., t. III, pp. 178-210. Cependant d'après M. Louis Rolland, l'acte de concession n'est pas un contrat mais un acte organisant une collaboration à un service public : « Le concessionnaire de travail public n'est en somme qu'un fonctionnaire nommé d'une manière spéciale. Le contrat de concession... c'est la loi relative à la manière dont il doit remplir sa fonction ». Cette opinion se rapproche de l'idée de M. Otto Mayer : la concession est un acte administratif sur soumission tout comme la nomination pour le service de l'Etat (Dr. adm. allem., éd. franç., t. IV, p. 153, cité par M. Louis Rolland : R. D. P. 1909, p. 527). V. encore sur la doctrine allemande : J. H. Vermeulen : *Contractul de concesiune de serviciu public*, 1930.

contrat de droit privé, le concessionnaire aurait pu se trouver dans une situation qui l'amènerait à coup sur à la faillite et à l'impossibilité d'assurer le fonctionnement continu du service public.

La théorie des contrats administratifs élimine ces inconvénients, car, d'une part elle permet à l'Administration d'intervenir au cas échéant pour modifier les clauses du contrat et du cahier des charges pour assurer un meilleur fonctionnement du service public concédé et, d'autre part, accorde au concessionnaire de nouvelles conditions financières, lorsque, à la suite de l'intervention directe ou indirecte de l'Administration dans le rapport contractuel, les conditions du contrat auraient subi de changements (*fuit du prince*) ou bien, lorsque les circonstances économiques imprévues auraient rendu l'exécution du contrat extrêmement onéreuse pour le concessionnaire (*théorie de l'imprévision*) (281).

(281) V. sur la théorie de l'imprévision dans la matière des concessions de services publics : Achille Mestre : *Cours de dr. adm.* (Doctorat) 1929-30, p. 39 ; 1931-32, pp. 60, 208 et suiv. ; C. d'Et., 30 mars 1916, *C^{ie} générale d'éclairage de Bordeaux*, Lebon 125-146, avec les conclusions de M. Chardenet, Commissaire du gouvernement ; Sirey, 1916.3.17, avec la note de M. Hauriou et les conclusions de M. Chardenet ; Dalloz, P. 1916.3.25, avec les conclusions de M. Chardeent et une note anonyme ; C. d'Et., 12 décembre 1919, *C^{ie} du Gaz et Eaux c/ Ville de Sens*, *C^{ie} générale française et continentale d'éclairage c/ Ville de Melun*, *C^{ie} de Gaz et Electricité du Mans*, *Vannes et Vendôme c/ Ville de Vendôme*, Lebon, p. 903, etc. ; la jurisprudence citée par M. Raphaël Alibert : *L'imprévision dans les concessions de services publics*, Paris 1924 ; A. Bosc : *La théorie de l'imprévision en matière de concession de services publics et la jurisprudence du Conseil d'Etat*, R. D. P. 1926, p. 411 ; G. Jèze : *La théorie de l'imprévision*, R. D. P. 1921, p. 486 ; H. Berthelémy : *Communes et Gaziers*, R. P. et Parl. 1917, p. 23 ; L. Duguit : *Le Conseil d'Etat et l'affaire du Gaz de Bordeaux*, R. P. et Parl. 1916, p. 264 ; M. Hauriou : *L'affaire du Gaz de Bordeaux*, R. P. et Parl. 1916, p. 40 ; P. Saint-Marc : *L'imprévision dans les contrats adm.*, Thèse, Paris 1918 ; A. Louveau : *La théorie de l'imprévision dans le Dr. civil et Dr. adm.*, Thèse, Rennes 1920 ; L. M. Jacquemard : *La théorie de l'imprévision et la gestion des services publics*, Thèse, Paris 1928. En Roumanie, la théorie de l'imprévision dans la matière de concession de services publics fut admise par la jurisprudence arbitrale. V. Sentence arbitrale du 8 mars 1926 (Sur-arbitre : M. Vasilescu-Karpen ; arbitres : MM. S. Vidrighin et S. Lupan) : *Affaire : Société Elin c/ Ville de Lugoj*, P. S. 1926, pp. 479-480. Il s'agissait en l'espèce du montant du prix de rachat d'une usine électrique assurant le service public d'éclairage de la ville de Lugoj. La clause du contrat portant les règles du rachat prévoyait que le prix du rachat sera calculé sur la base du « capital d'investissement » et du « prix de revient » des installations. La commission arbitrale a tenu compte des bouleversements économiques survenus depuis la date de la conclusion du contrat et a fixé le prix de rachat d'après la valeur actuelle de l'usine. La décision arbitrale invoque la bonne foi présumée des parties et le principe de l'enrichissement sans cause. En ce sens : la décision du 30 nov. 1925 de la Commission arbitrale de Galatzi, P. R. 1926.2.193, avec la note de M. S.

b) *La situation juridique et les obligations du concessionnaire de travaux publics à l'égard de l'Administration.* — La situation juridique du concessionnaire vis-à-vis de l'Administration est fixée par deux espèces de clauses du cahier des charges ; les unes législatives ou réglementaires, les autres contractuelles.

Les clauses contractuelles sont celles qui déterminent les obligations réciproques des parties contractantes : d'une part, c'est l'obligation du concessionnaire d'exécuter les travaux (délais, conditions de l'exécution des ouvrages, la qualité des matériaux, etc.) de l'autre, certaines obligations financières de l'Administration (par exemple la subvention, garantie d'intérêt, partage des bénéfices, etc.).

Les clauses réglementaires contiennent les règles du fonctionnement continu et régulier du service public. Ces règles sont opposables aux tiers et l'autorité concédante a toujours le droit de les modifier selon les besoins du service public pendant toute la durée du contrat de concession.

La division bipartite des clauses du cahier des charges, qui fait partie intégrante du contrat de concession, a été dégagée par la jurisprudence et la doctrine pour fixer la nature juridique de la concession, l'intervention de l'administration pour organiser et contrôler le service public et son fonctionnement régulier n'est pas limitée aux seuls cas prévus par le cahier des charges.

C'est en vertu des principes généraux du droit public que l'autorité administrative intervient en sa qualité de puissance publique pour diriger le service public dont elle a confié la gestion à des particuliers (V. Bernier, *op. cit.*, R. D. P. 1927, *ibidem*).

Les clauses réglementaires ne sont donc pas des clauses du contrat au même titre que celles qui déterminent les obligations réciproques des parties. Le droit de l'Administration d'intervenir pour réglementer un service public concédé ne dérive pas des clauses du contrat, c'est un attribut incontestable de l'Administration, qui opère de plein droit dès qu'on est en présence des nécessités d'ordre public.

D'autre part, parmi les clauses contractuelles il y aura celles qui résultent de la nature, de l'essence même de la concession et comme telles imposées par les différentes lois et les cahiers des charges-

Rosenthal. (Sur-arbitre : M. V. Romniceano, Premier-Président de la Cour de Cassation roumaine ; arbitres : M. C. Nicolesco, Conseiller honoraire à la Cour de Cassation et M. Em. Pantazi, avocat). Affaire : *Commune de Galatzi c/ C^{ie} des Eaux « The Galatzi Water Comp. Ltd »*,

type qui organisent et réglementent les concessions de travaux publics de même nature (aménagement des chutes d'eau, chemins de fer, etc.), par exemple : le retour gratuit et affranchi de toutes charges des ouvrages et dépendances immobilières de la concession à l'expiration du délai de concession à l'Etat ; l'interdiction de céder en partie ou en totalité la concession sans le consentement de l'autorité concédante ; l'obligation du concessionnaire d'assurer, s'il y a lieu, le service public d'une manière régulière et continue ; de se soumettre aux réglementations de l'Administration concernant le mode de fonctionnement de ce service ; la possibilité du rachat de la concession, la déchéance du concessionnaire en cas d'inexécution des obligations qui lui sont imposées par le cahier des charges, etc.

Ces clauses des cahiers des charges dérivent des principes du droit administratif et non pas de la volonté des parties ; elles fixent les conditions générales de la concession. Par contre, d'autres clauses contractuelles établies par les parties détermineront les conditions et modalités spéciales de l'exécution du contrat ; telles les conditions financières et techniques, les délais de l'exécution des travaux, la qualité des matériaux, etc., qui sont propres à la concession en question. Ce sont les conditions spéciales de la concession.

Après avoir conclu la *convention* de concession, qui est approuvée par un *décret* et qui constate l'accord des volontés, l'objet de la concession et l'engagement des parties de respecter les dispositions du cahier des charges, dans la pratique, les parties n'ont plus qu'à fixer, dans le corps du cahier des charges, les conditions spéciales du contrat. Pour ce qui concerne les conditions générales, elles adopteront et reproduiront dans le cahier des charges les dispositions du cahier-type établi par l'Administration pour chaque concession du même genre, conformément aux prescriptions des lois respectives. Les conditions générales fixées par les lois et le cahier-type forment pour ainsi dire le droit commun de la concession.

Nous examinerons maintenant, d'une manière schématique ces deux groupes de conditions par rapport aux obligations générales et spéciales des parties.

Obligations générales du concessionnaire. — Les obligations du concessionnaire envers l'Administration sont les unes relatives à

l'exécution des travaux et les autres relatives au fonctionnement régulier et continu du service public créé par les travaux en question. Nous examinerons seulement les obligations relatives aux travaux et les sanctions que leur inexécution entraîne.

1° La principale obligation du concessionnaire est de *construire les travaux conformément aux prescriptions du cahier des charges, sous le contrôle et la surveillance de l'Administration*, mais non pas sous ses ordres : « L'Administration — disait le Ministre des Travaux Publics, M. Dumond, en 1845 — a le droit de regarder, voilà tout ; elle n'a pas le droit de diriger elle-même. »

Cependant le concessionnaire ne peut apporter de changements aux plans et conditions des travaux, sans le consentement de l'Administration. Inversement l'Administration n'a pas non plus le droit d'imposer au concessionnaire des travaux supplémentaires. Sur ce point, il y a une différence entre l'entrepreneur et le concessionnaire ; le premier est obligé d'exécuter les travaux supplémentaires ordonnés par l'Administration jusqu'à la concurrence du sixième en sus du montant de l'entreprise, bien entendu, ces travaux supplémentaires doivent être payés (Cf. Christophle, I, N° 965 et suiv., II, N° 1519 et suiv.).

2° Il doit commencer et achever les travaux dans les délais prévus fixés par le cahier des charges. Les cahiers des charges prévoient les pénalités (*amendes*) à appliquer lorsque le concessionnaire est en retard. La sanction de l'inexécution des travaux est la *déchéance* du concessionnaire (V. *infra*).

3° Après avoir achevé les travaux, l'Administration procède à la réception provisoire et définitive des ouvrages. Mais à la différence de l'entreprise la réception des ouvrages construits par le concessionnaire a comme seul but de constater qu'ils ont été exécutés en conformité avec les prescriptions du cahier des charges et qu'ils sont propres à servir à l'usage public, après l'expiration d'une période d'essai renfermée entre les deux réceptions. La réception définitive marque la deuxième phase de la concession : *le service public*. Donc par le fait de la réception l'Administration ne prend pas livraison des travaux, le concessionnaire reste maître ; une sorte de propriétaire *sui generis* des travaux (282).

(282) Le droit du concessionnaire respectivement de l'Etat sur la concession est un droit complexe : « Il y a à la fois, comme dans les anciennes tenures féodales un domaine éminent et un domaine utile. La concession constitue une figure juridique qui est pour ainsi dire calquée sur le contrat de fief et sur la décom-

Jusqu'à la fin de la concession, le concessionnaire reste obligé d'entretenir les travaux en bon état, de les perfectionner s'il y a lieu, sur l'ordre de l'Administration, conformément aux nécessités nouvelles du service et contre rémunération, et de les remettre à l'expiration du délai de concession, en bon état, gratuitement et francs et quittes de toutes charges, à l'Etat.

En cas de malfaçons ou de négligences de la part du concessionnaire d'entretenir sans cesse en bon état les travaux, l'Administration peut ordonner leur réfection ou leur réparation. L'Administration n'est jamais désarmée en face de la mauvaise volonté du concessionnaire ; elle peut ordonner l'exécution au compte du concessionnaire des réparations nécessaires et de mettre sous séquestre les produits de l'exploitation pour couvrir les frais de ces travaux.

Voilà, d'une manière très générale les principales obligations du concessionnaire, qui sont relatives à l'exécution des travaux. Les sanctions de l'inexécution de ces obligations, et d'une manière générale des clauses du contrat relatives au fonctionnement continu et régulier du service public, sont les suivantes :

a) Les *amendes* prévues par le cahier des charges.

b) La mise sous séquestre de l'exploitation, qui correspond à la mise en régie d'une entreprise, et consiste dans l'occupation par l'Etat des services exploités par le concessionnaire lorsqu'il ne respecterait pas les obligations qui lui sont imposées par le cahier des charges. C'est une mesure purement provisoire qui a comme but soit de pourvoir au fonctionnement régulier du service public, au cas où il serait interrompu par le concessionnaire, soit d'entretenir ou de réparer à son compte les ouvrages, lorsque l'Administration constaterait une négligence. Le séquestre cesse avec la disparition du motif qui l'avait fait naître, ou bien lorsque, par contre, il se transforme en déchéance du concessionnaire.

La mise sous séquestre est prononcée administrativement par une décision de l'autorité concédante. « Il importe en effet d'agir d'urgence pour éviter l'interruption du service..., qu'un service public concédé puisse vaquer pendant les délais souvent fort longs nécessaires pour vider l'instance » (A. Gabriel Débats : De la nature juridique du contrat de concession, *Rev. Gén. d'Adm.*,

position de la propriété que comportait ce contrat : il y a un domaine utile qui est le domaine du concessionnaire et un domaine éminent qui est celui de l'Etat » (v. Achille Mestre : *Matières administratives. Cours de doctorat*, 1931-32, p. 28).

1917, p. 10). Bien entendu le concessionnaire conserve le droit de discuter cette mesure devant le juge du contrat. Sur ce point, il y a une différence entre la mise sous séquestre et la mise en régie ; le Conseil de Préfecture ne peut annuler une décision de mise en régie, il peut seulement statuer sur les dommages et intérêts (V. Laferrière, II, 131). Cette différence résulte du fait que l'entrepreneur est sous les ordres de l'administration, tandis que le concessionnaire a plus de liberté d'action.

c) *La déchéance*. — Il faut distinguer la déchéance ; d'une part, du *rachat* et d'autre, de la *résiliation*.

La déchéance est la sanction la plus sévère et la dernière que l'Administration prononce contre le concessionnaire qui n'a pas rempli les principales obligations qui lui sont imposées par le contrat, d'exécuter les travaux et d'assurer le fonctionnement régulier du service public.

Si l'Administration avait prononcé à tort la déchéance, le juge du contrat saisi par le concessionnaire le remettra en possession de ses droits, pouvant lui accorder en outre une indemnité.

Par contre, le rachat n'est pas une sanction de l'inexécution du contrat ; c'est un droit souverain de l'autorité concédante qui résulte de la nature juridique de la concession. Le droit du concessionnaire sur la concession est un droit réel immobilier de nature administrative, il est *temporaire*, révoqué (V. Achille Mestre, *Matières adm.*, *Cours de doctorat*, 1931-32, pp. 68, 69 et suiv.). Seulement le cahier des charges édicte certaines mesures pour sauvegarder les intérêts du concessionnaire, ainsi il fixe un certain délai pendant lequel la concession ne peut être rachetée.

Par conséquent, le juge du contrat ne peut pas s'opposer au rachat intervenu après ce délai et déclarer que le concessionnaire sera maintenu en possession. Le rachat ne donne pas lieu à d'autre contentieux que celui relatif au règlement définitif des comptes, c'est-à-dire au prix du rachat.

D'autre part la déchéance ne doit pas être confondue avec la résiliation, cette façon de mettre fin à une concession peut être demandée par le concessionnaire devant le juge du contrat ou à l'amiable ; l'Administration ne la demandera jamais car elle a, ou l'a vu des moyens propres à sa disposition pour mettre fin à la concession : la déchéance et le rachat. La première sera prononcée contre le concessionnaire en faute, la seconde sans aucune faute de la part du concessionnaire. Donc le mot « résiliation » dans le

dictionnaire de l'Administration signifie tantôt la déchéance, tantôt le rachat.

De plus la résiliation n'emporte pas les mêmes conséquences que la déchéance : « L'Etat en accordant la résiliation peut stipuler une légère compensation comme la retenue d'une partie du cautionnement, l'abandon des plans et projets, etc. » (Christophle, II, n° 1845), tandis que la déchéance entraîne non seulement la confiscation du cautionnement mais aussi, en général, la réadjudication de la concession sur la base de la mise à prix des ouvrages exécutés et des matériaux approvisionnés. Le nouveau concessionnaire sera substitué au concessionnaire évincé, et payera à ce dernier le prix fixé par la nouvelle adjudication. Lorsque cette adjudication sera sans résultat on en tentera une nouvelle, qui est la dernière, car si cette seconde adjudication restait également sans résultat le concessionnaire évincé serait définitivement déchu de ses droits et dans ce cas les ouvrages exécutés et les matériaux approvisionnés reviendront à l'Etat (v. Christophle, II ; n° 1847 et suiv., 1878 et suiv., 1884, 1893 et suiv., et les lois cités).

La déchéance est prononcée par une *décision* (283) de l'Administration (Ministre des Travaux publics) qui peut donner lieu à

(283) Nous avons montré dans les différentes parties de notre exposé que la résiliation unilatérale par décision administrative des contrats administratifs est une adaptation administrative de l'art. 1184 C. civ. fr. (cf. art. 1020 C. civ. roum.) aux termes duquel la condition résolutoire est toujours sous-entendue lorsqu'une des parties manque à ses obligations. Seulement, par dérogation au droit commun, l'Administration ne demandera jamais la résolution en justice ; elle dispose en effet du privilège d'action d'office, ses décisions étant exécutoires par elles-mêmes (v. Christophle, I, n° 1222, et surtout Achille Mestre : *Cours de doctorat*, 1928-29, p. 32). Ce privilège administratif qui dérive des principes du droit public fut consacré, comme nous l'avons vu, par les cahiers des clauses et conditions générales des ponts et chaussées. En matière de concessions de travaux publics la résiliation administrative des contrats de concession est prévue par les textes suivants : 1) La loi sur les concessions des chemins de fer d'intérêt local du 31 juillet 1913 (modifiée par la loi du 22 avril 1916) dont l'art. 30 est ainsi conçu : « Le cahier des charges déterminera : ...3° Les cas dans lesquels l'inexécution des conditions de la concession peut entraîner la déchéance du concessionnaire ainsi que les mesures à prendre à l'égard du concessionnaire déchu. La déchéance est prononcée, dans tous les cas, par le Ministre des Travaux publics, sauf recours au Conseil d'Etat statuant au contentieux » ; 2) Le cahier des charges type des entreprises hydrauliques concédées sur les cours d'eau et les lacs, annexé au décret du 5 sept. 1920, dans son art. 41 contient une disposition analogue : « Si le concessionnaire n'a pas présenté les projets d'exécution ou s'il n'a pas achevé ou mis en service les ouvrages et l'usine concédée dans les délais et conditions fixés par le cahier des charges, il encourra la déchéance qui sera prononcée, après mise en demeure, par décret, sauf recours au Conseil

une action du concessionnaire évincé devant le juge du contrat (Conseil d'Etat). C'est un contentieux de pleine juridiction. Il y a là donc une différence par rapport à l'entreprise ; l'entrepreneur évincé ne peut jamais obtenir une autre satisfaction qu'une réparation pécuniaire pour les dommages causés par la décision portant résiliation, lorsqu'il n'est pas en faute. C'est donc uniquement un contentieux d'indemnité.

Après avoir précisé quelques règles essentielles de la concession des travaux publics, nous examinerons la même question dans le droit roumain.

b) *La concession de travaux publics dans le droit roumain*

1° Législation.

La première loi qui prévoit en Roumanie le mode de la concession pour l'exécution des travaux publics est celle du 24 févr. 1865 (*Bull. des lois des Principautés Unies*, 1865, p. 19) qui dit : « Les travaux publics de n'importe quelle nature seront exécutés par le mode de la concession, par les Compagnies et capitalistes, dont les sommes avancées seront remboursées en annuités, taux et amortissements (art. 1^{er}). Le Ministère des Travaux publics disposera à cet effet de sommes inscrites dans le budget pour l'exécution des travaux publics (art. 2). Les concessions ne seront accordées qu'en vertu d'une loi spéciale » (art. 3).

Nous avons vu dans un chapitre précédent les différentes lois spéciales par lesquelles on a accordé les premières concessions de travaux publics en Roumanie ; les concessions de chemin de fer.

à l'Etat par voie contentieuse » ; 3) Une disposition identique est celle de l'art. 25 du cahier des charges type pour la concession par l'Etat, d'une distribution d'énergie électrique aux services publics, annexé au décret du 4 mars 1924 (v. Courcelle et Debaue, *op. cit.*, II, pp. 879 et 1008). Ajoutons encore les considérations pratiques qui plaident en faveur de la théorie de la résiliation administrative des contrats administratifs : « Un particulier peut attendre l'action de la justice, des services publics non. Songez à l'importance des seuls marchés de fournitures, à l'urgence de pourvoir coûte que coûte et sans arrêt à leur exécution ; il faut que le Ministre pourvoit, décide, l'œil fixé sur les nécessités de l'Etat qu'il administre. S'il viole le droit de l'entrepreneur, celui-ci s'adressera aux tribunaux, le Ministre défendra sa décision, ...mais grâce à cette décision et à son caractère d'acte d'autorité, les services publics auront continué à fonctionner sans arrêt dommageable. Le Ministre pourvoit d'urgence à des nécessités administratives, les nécessités de droit recevront satisfaction ensuite » (v. Zéphirin Rogez, *op. cit.*, p. 44).

Plus tard la concession de travaux publics fut réglementée, en dehors des textes généraux de la loi sur la comptabilité publique du 31 mars 1864, modifiée le 21 mars 1903, etc., par différentes lois comme : la loi sur les chemins de fer d'initiative privée du 28 mars 1900, modifiée le 28 mars 1926, la loi sur l'énergie du 4 juillet 1924, modifiée le 7 juillet 1930, la loi sur le régime des eaux du 27 juillet 1924, modifiée le 28 mars 1929.

Finalement la loi du 9 janvier 1930 sur l'organisation et l'administration sur une base commerciale des entreprises et biens publics organise le régime juridique de toutes les concessions, sans faire une distinction entre les concessions de services et travaux publics et les exploitations ayant le caractère purement économique, par exemple la concession des mines, d'un abattoir communal etc., sauf d'édicter des règles spéciales à observer lorsqu'il s'agit de concessions d'utilité publique.

D'après les dispositions de cette loi, renfermées dans les articles 15-28, « les entreprises, établissements, exploitations, biens et droits » appartenant à l'Etat, départements et communes, peuvent faire l'objet d'une concession à durée limitée, dans les conditions fixées par la présente loi et les lois spéciales (art. 15) (font exception : les chemins de fer roumains (C. F. R.), les P. T. T., les monopoles de l'Etat (R. M. S.) les établissements militaires, comme : l'Arsenal et les industries attachées à la défense nationale, qui seront exploités et administrés en régies publiques commercialisées, en conformité avec la loi présente et les lois spéciales (art. 2). Il est à remarquer que l'art. 15 ne parle pas « *in terminis* » de concessions de services publics, c'est l'art. 1^{er} qui en fait mention : « Toutes les entreprises, établissements, *services*, etc., seront organisés et administrés dans les formes suivantes : la *concession*... etc. » (v. *infra*). En ce qui concerne les *concessions de travaux publics* il paraît que le législateur les assimile aux concessions de services publics, car on ne trouve nulle part cette expression.

Les concessions seront accordées sur l'adjudication publique en conformité avec la loi sur la comptabilité publique sauf les concessions des droits formant le monopole de l'Etat qui seront accordées par une loi, et les exceptions prévues par des lois spéciales (art. 16).

Aucune concession ne pourrait être accordée sans que l'autorité compétente ne s'assure un revenu fixe qui sera égal au moins à la moyenne des bénéfices réalisés par l'exploitation du bien en question par la régie pendant les 5 dernières années (art. 17).

Lorsque l'Etat, les administrations locales ou les établissements publics qui se trouvent sous leur contrôle estiment opportun d'accorder une concession d'un *service* ou bien public, ils doivent arrêter un plan économique et financier, qui fixera la durée et les modalités de l'exploitation. Ces plans seront approuvés par le Conseil supérieur de l'administration des entreprises et biens publics (art. 18). Les personnes qui désirent obtenir une concession devront adresser à l'autorité compétente une demande accompagnée d'un mémoire qui contiendra : a) la détermination des biens sur lesquels la concession est demandée ; b) la durée de la concession ; c) la *désignation des travaux à exécuter* et les délais de leur achèvement ; d) les considérations d'ordre technique qui sont à la base des solutions proposées par le demandeur concernant l'exécution des travaux et l'exploitation des biens ; e) les bénéfices qui résulteront pour l'autorité concédente ; f) les documents prouvant la capacité technique et financière du solliciteur ; g) l'avant projet des travaux à exécuter. L'autorité compétente, au reçu de la demande, est obligée d'examiner, dans un délai d'un mois, la proposition du solliciteur en lui signifiant si elle pourra ou non être prise en considération. Dans le cas affirmatif, l'autorité en question expédiera le dossier au Conseil supérieur de l'administration des entreprises et biens publics avec son rapport détaillé (art. 19). Le Conseil supérieur examinera dans un délai d'un mois la demande, le mémoire et le rapport de l'autorité compétente, pouvant modifier les conditions proposées par le solliciteur, donner ou refuser son approbation à ce que les biens en questions soient concessionnés. Si l'avis du Conseil supérieur est favorable à la concession, l'autorité compétente procédera aux formalités de l'adjudication (art. 20).

Les publications des adjudications seront insérées dans le *Moniteur Officiel* et dans, au moins, deux journaux les plus répandus du pays, 30 jours du moins avant la date fixée pour l'adjudication. Pour les concessions plus importantes la publication pourra être faite également à l'étranger. La publication dans le *Moniteur Officiel* contiendra aussi le cahier des charges (art. 21).

L'examen des soumissions sera fait par une commission composée du délégué de l'autorité concédente et de deux experts désignés par le Conseil supérieur de l'administration des entreprises et biens publics, dont l'un doit être fonctionnaire supérieur à un institut de crédit public, ayant une activité d'au moins 10 ans dans sa spécialité. La commission ainsi composée donnera son avis sur chaque soumission, notamment sur la qualité des machines, matériaux et outillage, de même que sur la capacité technique et financière des soumissionnaires. Le résultat de l'adjudication et la proposition de la commission sera expédié au Conseil supérieur qui donnera son avis. Le dossier sera enfin remis au Ministère ou à l'administration compétente pour l'approbation de l'adjudication (art. 22).

Sauf les dérogations de la loi présente et les lois spéciales, les concessions seront accordées par Décret Royal sur le journal du Conseil des Ministres et le rapport du Ministre de ressort, après avis du Conseil supérieur de l'Administration des entreprises et biens publics. Le décret, le journal et le cahier des charges seront publiés « *in extenso* » dans le *Moniteur Officiel* (art. 23). Les concessions des biens appartenant aux départements, communes et les établissements publics, sont accordés en conformité avec leurs lois organiques, d'après la même procédure sauf que le rapport émanera du Ministre de l'Intérieur (art. 24).

Le *cahier des charges* et le contrat de concession doivent obligatoirement comprendre : a) l'objet de la concession ; b) la nature et les éléments caractéristiques des biens à concéder ; c) la durée de la concession qui pour les biens du domaine public ne dépassera pas 30 ans. Pour les biens du domaine privé de l'Etat, départements et communes la durée de la concession ne pourra dépasser 50 ans. d) les délais et les étapes de l'exécution des travaux qui sont l'objet de la concession ; e) le programme minimal des *travaux que le concessionnaire doit exécuter* ; f) le capital initial de l'exploitation et les modalités de son augmentation, les participations aux bénéfices et les redevances en nature ou d'après les revenus bruts que le concessionnaire serait obligé de payer au compte de l'autorité concédente en dehors du prix de la concession, et les modalités de calcul et prélèvement de ces revenus ; g) la *stipulation de la cession gratuite et libre de toutes charges à l'expiration de la concession à l'autorité concédente de tous les terrains bâtis, des travaux, machines et outillage de toute nature qui constituent*

les dépendances immobilières de la concession, sauf ceux qui ont été réalisés dans les derniers 10 ans de la concession. Dans les derniers 10 ans, les investissements ne sont faits qu'avec le consentement de l'autorité concédente, qui approuvera les devis des travaux et fixera les côtes d'amortissement. Ces investissements seront rachetés au prix de revient, en déduisant les côtes d'amortissement déjà versées et les usures et dépréciations de certaine importance ; *h*) La valeur des titres qui seront attribués aux concessionnaires lorsqu'il avance par un emprunt ou contribue par une subvention aux frais de l'exécution des travaux ; *i*) les travaux que le concessionnaire devrait exécuter à la fin de la concession pour assurer le bon fonctionnement et le développement de l'exploitation ; *j*) *les conditions et les termes dans lesquels la concession pourra être rachetée* ; *k*) les conditions et les formes d'après lesquelles le contrat de concession pourra être *résilié*, au cas où le concessionnaire manquerait à ses obligations, les pénalités et les indemnités à payer par le concessionnaire lorsque la résiliation est provoquée par sa faute ; *l*) les attributions du commissaire de l'autorité concédente relatives au contrôle de l'exploitation ; *m*) s'il est nécessaire, ou tout autre disposition réclamée par la nature de la concession. S'il s'agit de biens du domaine public ou des droits de monopole, le cahier des charges contiendra des *dispositions réglementaires* comme : *l'obligation du concessionnaire d'assurer la régularité et la continuité du service* ; fixation des horaires si'il est nécessaire, ou tout autre disposition réclamée par la nature du service public en question, *permettant à l'avenir de changer toutes les réglementations pour adapter le service aux besoins du public* ; de même que le droit de l'autorité concédente d'approuver les tarifs. *n*) Les sanctions et moyens de contrainte à édicter contre le concessionnaire afin de l'obliger à accomplir les obligations qui lui sont imposées par le cahier des charges (art. 25).

La concession ne pourra être cédée, en totalité ou en partie, qu'avec le consentement de l'autorité concédente. L'approbation de la cession se fera d'après les mêmes formalités que celles qui sont prévus pour l'approbation de la concession (art. 26).

Le contrôle de l'accomplissement des obligations imposées au concessionnaire par le cahier des charges sera fait soit par un commissaire de l'autorité concédante qui aura une fonction permanente, soit par une commission de contrôle, instituée par le Conseil supérieur de l'Administration des entreprises et biens

publics et dont les attributions seront fixées par le cahier des charges. Un délégué du Ministère des Finances sera nommé par décret royal au sein de la commission de contrôle. Si l'importance de la concession l'exige, il est possible d'instituer comme organes de contrôle à la fois un commissaire et la commission ci-dessus indiquée (art. 27).

Les litiges qui surviendraient lors de l'exécution du contrat pourraient être tranchés aussi par les arbitres. Leur désignation et les modalités de leur remplacement au cours du contrat seront fixées par le contrat de concession (art. 28).

2° Doctrine.

La doctrine roumaine s'est relativement peu occupée de différents problèmes juridiques soulevés par la notion de la concession de travaux et services publics. On ne peut en effet citer à part des traités de droit administratif (284) que de rares ouvrages qui ont abordé cette question d'une manière plus spéciale (285).

L'explication de cette pauvreté de la doctrine roumaine doit être cherchée dans le fait que les litiges relatifs aux concessions de travaux et services publics sont rarement tranchés par des tribunaux, mais sont tranchés le plus souvent par des arbitres dont les décisions ont plutôt un caractère de transaction, qui, sauf quelques rares exceptions, ne dégagent pas d'une manière nette les principes du droit.

D'autre part, comme nous le verrons en examinant la jurisprudence roumaine, les tribunaux judiciaires par la rigidité de la conception civiliste, ne sont pas aptes à faire ressortir l'originalité de cette matière entièrement créée par une jurisprudence administrative.

Or, nous avons vu qu'en France la théorie des contrats administratifs et en général tout le droit administratif pris dans sa conception contentieuse est une création du Conseil d'Etat à laquelle

(284) V. spécialement *Les traités de dr. adm.* de MM. Paul Negulesco, Anibal Teodoresco, Victor Onisor, etc.

(285) V. Jean H. Vermeulen : *Contractul de concesiune de serviciu public*, 1930 ; I. G. Vântu : *Natura juridică a contractului de concesiune*, *Revista de E. P.* 1928, pp. 448 et suiv. ; v. encore la note de M. F. Sion sous l'arrêt n° 158-929 de la Cour d'Appel de Jasi au *C. J.* n° 12, 1930, pp. 188 et suiv. ; la note de M. Rosenthal, au *P. R.* 1926.2.193.

les conclusions des commissaires de gouvernement et les annotations doctrinales ont contribué pour une large mesure

La doctrine française est essentiellement pratique et vivante ; elle est alimentée d'une manière abondante et constante par une jurisprudence qui reflète les nécessités de la vie administrative. Les constructions théoriques dans le droit administratif français sont fortement imprégnées par une préoccupation d'ordre pratique ; elles ne sont justes qu'en tant qu'elles sont utiles, qu'elles secondent l'Administration dans sa mission d'assurer les intérêts publics dans le cadre du droit et de l'équité.

Nous donnerons ci-dessous un court aperçu des principales positions de la doctrine roumaine :

1° De prime abord notons que la distinction entre les concessions de travaux publics et les concessions de services publics, bien que signalée par les auteurs, ne présentent pas comme en France dans le droit roumain aucun intérêt pratique étant donné qu'elle ne soulève pas la question de compétence.

2° En ce qui concerne la nature juridique du contrat de concession la majorité de la doctrine s'accorde à lui donner le caractère d'un *contrat administratif*, c'est-à-dire d'un acte complexe qui contient des éléments contractuels et réglementaires (v. Paul Negulesco, *op. cit.*, p. 242 ; J. H. Vermeulen, *op. cit.*, pp. 13, 29 et suiv., 50 ; F. Sion, note au C. J. 1930, pp. 188 et suiv. ; J. C. Vântu, *op. cit.*, dans *Revista de D. P.*, 1928, pp. 448 et suiv.). Par contre M. Anibal Teodoresco le considère comme un *acte de gestion* (v. *op. cit.*, p. 385).

Seulement la majorité des auteurs roumains, tout en relevant le caractère mixte du contrat de concession, et adoptant même, comme M. Jean H. Vermeulen, la terminologie de contrat *administratif*, ne se départait pas d'une conception civiliste. En effet, d'après la doctrine roumaine la compétence en matière de concessions serait celle des tribunaux ordinaires et d'autre part la *résiliation* d'un contrat de concession ne saurait être prononcée par une décision administrative et doit être demandée devant les instances judiciaires ou bien devant les arbitres, ainsi qu'il est prévu par le contrat de concession.

Cette conception est critiquable, d'abord parce que le contentieux des contrats administratifs ne peut nullement être confié à la compétence des tribunaux ordinaires (V. Laferrière, II, p. 604). Même si l'on considérait le contrat de concession comme un acte

de gestion (V. Anibal Teodoresco, *op. cit.*, 3^e éd., 1929, p. 397) la compétence ne serait que celui des instances administratives. Nous avons en effet montré les réserves que le principal représentant de la théorie des actes de gestion, M. Laferrière, faisait relativement à une catégorie d'actes de gestion par lesquels l'Administration, en sa qualité de puissance publique, pourvoit aux nécessités publiques et qui, à ce titre, « échappent de plein droit à la compétence judiciaire, comme si cette puissance était seule en jeu » (V. *supra*). D'autre part, en ce qui concerne la résiliation du contrat de concession, c'est toujours la conception civiliste qui domine la doctrine roumaine : L'Administration ne peut résilier son propre contrat qu'à l'intermède des tribunaux. Cependant, M. J. H. Vermeulen admet la résiliation unilatérale par décision administrative du contrat de concession toutes les fois que ce droit exorbitant est expressément reconnu par le contrat ou la loi sur la base de laquelle la concession fut accordée (*op. cit.*, p. 36 et suiv.). Par conséquent, la résiliation judiciaire est la règle et la résiliation administrative l'exception.

Nous ne pouvons pas nous rallier à cette opinion. Nous avons montré dans un titre précédent qu'au contraire le droit de prononcer la déchéance d'un concessionnaire qui manquerait à ses obligations est un de ces principes du droit public qui constituent pour ainsi dire la déformation, l'adaptation d'une règle de droit civil aux nécessités et caractères spéciaux du droit administratif.

D'autre part le législateur roumain a expressément consacré la théorie de la résiliation administrative du contrat de concession de travaux publics : La loi sur les chemins de fer d'intérêt local du 28 mars 1900 modifiée par la loi du 28 mars 1926 dans son art. 3 prévoit qu'en cas d'inexécution des travaux faisant l'objet de la concession dans le délai prévu par le contrat « le Ministre des Travaux publics (Communications) *annulera la concession* ». Une disposition similaire est prévue par l'art. 18 qui prévoit la déchéance du concessionnaire comme sanction de l'abandon de la concession.

En ce qui concerne la loi sur l'administration et l'organisation sur une base commerciale des entreprises et biens publics du 9 janvier 1930, qui organise d'une manière générale le régime juridique de toutes les concessions, son art. 25 dispose : « Le cahier des charges ou le contrat doivent obligatoirement comprendre : k) les modalités et les formes d'après lesquelles le contrat de concession pourra être résilié, au cas où le concessionnaire manquerait à ses

obligations... » Cette disposition de la loi du 9 janvier 1930 s'explique par la pratique de l'arbitrage en matière de contrats passés par l'Etat. Il est en effet évident que si le contrat de concession prévoit la clause compromissoire, conformément à l'art. 28 qui l'admet, les règles de la résiliation du contrat seraient différentes ; l'Administration sera obligée de recourir aux arbitres puisqu'elle avait renoncé par la clause compromissoire au privilège lui permettant d'agir d'office, en s'assimilant par cette abdication à un simple particulier (v. *infra*).

En conclusion, nous croyons que la résiliation administrative du contrat de concession est la règle, sauf dérogations autorisées par la loi.

Cette règle dérive encore de la nature juridique de la concession. En effet, si l'Administration dispose du droit incontestable de mettre fin au rapport contractuel sans que le concessionnaire soit fautif de moindre négligence, par le rachat de la concession, à plus forte raison elle aura le droit de prononcer la *déchéance* du concessionnaire lorsqu'il ne remplira pas les obligations qui lui sont imposées par le contrat.

Voyons maintenant l'application des principes généraux de la concession de travaux publics par la jurisprudence roumaine.

3. Jurisprudence.

I. La nature juridique du contrat de concession. Compétence. —

1° Le contrat par lequel une commune donne en concession l'installation d'une usine électrique et le service public d'éclairage est un acte de gestion de la compétence des tribunaux ordinaires. C'est un contrat synallagmatique commutatif de location de services (art. 1411 C. com. roum., cf. art. 1709 C. com. franç.) et de location d'ouvrage (art. 1471 C. com. roum., cf. art. 1780 C. com. franç.) (Trib. Râmnic. Sarat., Déc. du 7 juin 1927, *Pellegrini c/ Commune de R. Sarat*, B. C. A. 1927, avec la note de M. C. Zotta).

2° L'acte de concession par lequel la Municipalité accorde aux particuliers le droit de faire circuler les autobus de transport en commun dans les rues de la ville n'est pas un contrat, mais un simple acte administratif, « considérant qu'il n'existe pas une prestation réciproque entre les parties ». Par conséquent la Municipalité peut le révoquer par une décision unilatérale lorsque le concessionnaire ne respecte pas les conditions stipulées par cet acte (Appel

Brasov, Déc. du cont. adm. du 9 sept. 1927, *Curentul Juridic*, 1927, p. 237).

3° Les contrats de concession malgré qu'ils appartiennent au domaine du droit public, sont soumis au régime de droit commun, tant pour ce qui concerne la compétence, qui relève des instances de droit commun, que pour les règles de droit d'après lesquelles ils sont interprétés. Ainsi il faut appliquer les règles de droit commun relatives aux ventes, locations, etc. comme s'il s'agissait d'un contrat innomé dont ils se rapprochent le plus (Trib. Iasi, Déc. N° 538, 1930, C. J. 1930, p. 187).

4° Les contrats qui ont pour but de pourvoir aux nécessités des services publics sont des *contrats administratifs*. « Considérant que... les contrats administratifs étant conclus par l'Administration pour satisfaire un service public, *présentent comme tels le caractère d'actes administratifs d'autorité*, de la compétence des instances du contentieux administratif, conformément à l'art. 1^{er} de la loi du 23 déc. 1925 ». (Cas. Chambre du cont. adm. (3^e), Déc. N° 1030 du 2 juillet 1929, P. S. 1929, p. 668 ; *Curentul Juridic*, 1931, p. 8).

5° Le contrat de concession est un *contrat administratif*. « Considérant que la concession est un contrat administratif de longue durée qui intervient entre l'autorité publique et un particulier à qui on confie l'exploitation d'un service public, à ses risques et périls en retenant une partie fixée des bénéfices pendant la durée de la concession ». « Considérant que... les règles générales de l'organisation du service public sont compromises dans la convention intervenue entre l'autorité publique et le particulier (le requérant) et que cette convention renferme aussi bien des *clauses réglementaires* que des *clauses contractuelles*... etc. » (Appel Bucarest, déc. du cont. adm., n° 122, du 7 mars 1930, *M. Basilescu c/ Ministère des Communications, Régie Autonome des Chemins de Fer Roum., Commune de Buc. etc.*, B. C. A., 1930, p. 193).

Les arrêts ci-dessus cités nous montrent d'une manière nette les deux conceptions antagonistes : 1° la conception civiliste des tribunaux de droit commun qui considèrent le contrat de concession comme des contrats de droit privé ; louage d'ouvrages combiné avec louage de services, vente, etc. (v. l'arrêt cité sous n° 1). Dans d'autres espèces les tribunaux de droit commun bien qu'ils reconnaissent le caractère public du contrat de concession les soumettent au régime du droit commun et à la compétence des tribunaux

ordinaires (v. l'arrêt cité sous n° 3). D'autre part, en examinant le caractère des contrats de concession du point de vue administratif, les tribunaux de droit commun les classent parmi les actes de gestion, donc de la compétence des tribunaux judiciaires, conformément à l'art. 1^{er} de la loi du 23 déc. 1925 (v. l'arrêt cité sous n° 1) ; 2° par contre les instances du contentieux administratif après quelques hésitations ont finalement adopté la théorie française des contrats administratifs. Seulement la difficulté se présentait du point de vue spécial roumain : la question était de savoir si ces contrats administratifs étaient des actes administratifs d'autorité ou des actes de gestion ? Cette difficulté était d'autant plus sérieuse que d'après une ancienne jurisprudence de la Chambre du contentieux administratif de la Cour de Cassation on avait considéré comme actes administratifs d'autorité les décisions unilatérales de l'administration à la différence des contrats qui auraient le caractère d'actes de gestion. Ainsi puisque l'on admettait que les concessions sont des contrats, on aurait dû les classer parmi les actes de gestion de compétence judiciaire.

Cette difficulté fut tranchée par l'arrêt que nous venons de citer ci-dessus (n° 5) en ce sens que le contrat de concession est un *acte mixte* qui contient à la fois des éléments contractuels et réglementaires.

Cette jurisprudence est conforme aux plus récentes tendances de la jurisprudence de la Cour de Cassation qui limite les actes de gestion aux actes bilatéraux de droit commun que l'Administration conclut comme tout autre particulier et qui exclut les contrats qu'elle passe en sa qualité de puissance publique pour satisfaire les intérêts publics et à ce titre assimilés aux actes administratifs d'autorité. C'est à cette conception que l'arrêt cité ci-dessus au n° 4 de la Cour de Cassation s'est rallié.

Par contre l'arrêt le plus récent de la Cour d'appel de Bucarest (cité ci-dessus au n° 5) déclare purement et simplement que le contrat de concession est un *acte mixte* ; à la fois acte de gestion (clauses contractuelles) et acte administratif d'autorité (clauses réglementaires). Donc la simple présence des dispositions de puissance publique renfermées dans un acte de gestion entraîne la compétence administrative « comme si cette puissance était seule en jeu ». C'est une application logique du principe de la séparation des pouvoirs qui interdit aux tribunaux judiciaires d'examiner les actes administratifs.

Les décisions de la Cour de Cassation et de la Cour d'Appel de Bucarest sont d'une très grande importance car elles ouvrent la perspective d'un développement sain du contentieux administratif roumain. Pour la première fois la jurisprudence administrative roumaine en appliquant judicieusement les principes du droit public corrige les inadvertances du législateur.

II. *Le contentieux de l'inexécution du contrat de concession.*

La détermination exacte de la nature juridique du contrat de concession nous était utile pour fixer la compétence des instances ayant la mission *d'interpréter* l'acte de concession.

Par contre, lorsqu'il s'agit du *contentieux d'inexécution* du contrat de concession — qui est inséparablement lié au contentieux d'interprétation — la compétence administrative est hors de discussion.

En effet, les contrats de concession sont toujours accompagnés par les actes administratifs qui les créent (l'approbation du décret) les modifient (décisions renfermant un « fait du prince ») ou les suppriment (décision de rachat, décision prononçant la déchéance). Le particulier après avoir conclu valablement le contrat de concession jouit librement des droits qui lui sont confiés par l'Administration. Pour qu'une action en contentieux ait lieu il faut : 1° soit que l'Administration intervienne dans ce rapport pour appliquer une sanction au cas où le concessionnaire ne respecterait pas ses engagements ou bien décrétant de nouvelles règles relatives au service public qui bouleversent les conditions qui forment la base du contrat ; 2° soit qu'elle manque, elle-même à ses obligations envers le concessionnaire.

Examinons ces deux hypothèses.

1° Lorsque l'Administration intervient dans le rapport contractuel pour y mettre fin, par une décision administrative, et que le concessionnaire trouve cette mesure abusive, il saisira l'instance du contentieux administratif pour faire annuler l'acte en question et faire condamner l'Administration à une réparation du préjudice causé. C'est donc un contentieux de pleine juridiction.

Le concessionnaire pourrait-il saisir une instance judiciaire par l'*action indirecte* — qu'on désigne en général par l'expression « exception d'illégalité » quoique dans ce cas là la victime de l'abus administratif n'ait pas la qualité d'intimé — tendant non pas à faire annuler l'acte administratif prononçant la résiliation, mais

simplement à obtenir qu'on l'écarte comme illégale, par conséquent demandant le rétablissement de ses droits méconnus, ou bien seulement des dommages-intérêts pour le préjudice causé par cet acte?

Nous croyons qu'il faut répondre par la négative. En effet, l'instance judiciaire n'a pas compétence pour interpréter un contrat administratif et pour examiner l'opportunité de la mesure administrative qui frappe le concessionnaire.

D'autre part, l'action indirecte rend l'institution du contentieux administratif complètement inutile. L'exception d'illégalité, d'une façon générale et à propos d'actes administratifs individuels, n'a de raison d'être que dans les pays qui ne connaissent pas le contentieux administratif, comme par exemple la Belgique et la Roumanie à certaines époques (v. *supra*). Dans une telle organisation étatique, l'exception d'illégalité constitue la seule garantie du citoyen contre les abus de l'Administration.

Mais du moment qu'on organise le contentieux administratif, la procédure de l'exception d'illégalité est tout à fait inutile, créant une voie complètement parallèle (286) au contentieux administratif. En effet, l'exception d'illégalité — dont l'application est très rare, l'Administration ne prenant jamais le rôle de requérant — et surtout le recours indirect qui permet au particulier de prendre le rôle de demandeur, aboutissent par un moyen détourné aux mêmes résultats que le recours contentieux de pleine juridiction : La situation préjudicielle créée au détriment du citoyen par l'acte administratif illégal est écartée et le requérant obtient en outre une indemnité.

C'est pourquoi en France, où le principe de la séparation des pouvoirs est entièrement respecté, l'exception d'illégalité n'est admise qu'à propos de règlements, dérivant d'une disposition du Code pénal qui édicte des sanctions en cas de contraventions aux règlements de police *légalement faits* (v. *supra*). Les tribunaux en appliquant les sanctions doivent donc préalablement examiner si le règlement en question est légal ou non. Mais contre les actes administratifs individuels il n'y a d'autre moyen de se défendre que le recours en contentieux administratif.

2° Lorsque l'Administration manque à ses obligations par une abstention, nous savons que cette attitude est assimilée en droit

(286) L'exception d'illégalité se fonde sur les mêmes chefs que l'action en annulation du contentieux administratif : 1) L'incompétence ; 2) Vices de forme ; 3) Violation de la loi, et 4) Détournement de pouvoir (v. Rarincesco, *op. cit.*, p. 74).

français et roumain à une décision implicite contre laquelle le contentieux est ouvert.

La question qui se pose est de savoir si le concessionnaire ne pourrait pas s'adresser aux instances judiciaires pour forcer l'Administration à respecter ses engagements ou bien pour obtenir la résiliation aux torts de l'Administration ?

Certainement non, car même si l'exception d'incompétence n'avait pas été soulevée par l'Administration et si elle avait été condamnée par le tribunal civil, la décision de cette instance serait purement platonique, car elle est démunie de tout moyen pour forcer l'Administration à se soumettre au jugement ; les dommages-intérêts comminatoires ne pouvant être prononcés contre l'Administration que par l'instance du contentieux administratif (Appel Bucaresti, II. Déc. n° 21-1924, B. C. A. 1924, p. 40 ; cf. Hamangiu, *op. cit.*, p. 956).

En ce qui concerne la résiliation du contrat de concession demandée par le concessionnaire contre l'Administration accusée d'avoir inéconnu les clauses du contrat, une telle action conduirait nécessairement à l'interprétation par le tribunal d'un contrat administratif, ce qui n'est nullement de la compétence des instances ordinaires.

Il faut donc conclure que le contentieux de l'inexécution du contrat de concession doit être considéré comme administratif.

Voici maintenant quelques arrêts :

1° La résiliation d'un contrat administratif est un acte administratif qui peut donner lieu à une action devant l'instance du contentieux administratif (Cass., Chambre du Cont. adm. Déc. n° 1030 du 2 juillet 1929, précitée, P. S. 1929, p. 668 ; *Curentul Juridic*, 1931, p. 8).

2° L'annulation d'une concession est un acte administratif d'autorité.

« Considérant que l'annulation décrétée par le Ministre des Communications (Travaux publics) ne peut être considérée comme un acte de gouvernement... n'étant pas question d'une mesure prise pour sauvegarder un intérêt général concernant l'ordre public et la sûreté de l'Etat à l'extérieur ou à l'intérieur, ou d'autres nécessités supérieures » (Cass. III, 17 nov. 1925, P. R. 1926.I.101, *Leonida c/ Ministère des Travaux publics*, avec la note de M. Rosenthal et G. Juiiu ; B. C. 1925.III.488).

3° L'acte par lequel l'Administration dénonce un contrat de concession est un acte de gestion de la compétence des tribunaux ordinaires (Trib. R. Sarat, arrêt précité, *Pellegrini*).

4° L'acte par lequel l'Administration modifie par décision unilatérale une situation contractuelle (modification des tarifs d'une Compagnie de distribution de gaz) est un acte administratif d'autorité de la compétence des instances du contentieux administratif (Cass., III. Déc. n° 484 du 18 mars 1931, P. S. 1931, pp. 375-376, *Société nationale de gaz méthane de Bucarest c/ Ministère de l'Industrie et du Commerce*).

On voit donc que dans la majorité des arrêts cités la jurisprudence se prononce pour la compétence administrative, la décision portant résiliation d'un contrat de concession étant un acte administratif d'autorité.

En face d'une telle décision, l'instance administrative n'oppose plus la fin de non recevoir tirée de la nature de l'acte. Il ne s'agit pas en effet d'un acte de gestion ni d'un acte de gouvernement.

Mais quant au fond, la jurisprudence roumaine refuse d'une manière générale d'admettre la résiliation unilatérale, par décision administrative, du contrat de concession (Cass., I. Déc. n° 9-1870, B. C. 1870, p. 253, espèce : contrat de concession d'un Théâtre National) en appliquant les règles de droit commun, c'est-à-dire que l'Administration doit demander la résiliation devant les tribunaux ordinaires.

Dans la matière de concession de travaux publics, nous trouvons deux décisions de la Cour de Cassation, respectivement de la Cour d'Appel de Bucarest qui méritent un intérêt spécial : les arrêts *Leonida et Basilescu* ci-dessus cités. Nous examinerons seulement le dernier arrêt, car il reflète de la manière la plus nette le point de vue de la jurisprudence roumaine.

En fait : Le requérant, M. Basilescu avait obtenu par le décret royal du 8 janvier 1900, la concession de la construction et l'exploitation de la ligne de chemin de fer d'intérêt local Bucarest-Baneasa. Le 30 octobre 1929 le Ministre des Travaux publics adresse un rapport au Conseil des Ministres dans lequel il lui demande de prononcer la résiliation de la concession sous motif que le concessionnaire n'avait pas exécuté dans le délai prévu (10 ans) un passage (viaduc) ainsi qu'il y était obligé par l'art. 10 de l'acte de concession, et que, de plus, le concessionnaire avait abandonné l'exploitation de ladite ligne. La résiliation est demandée sur la base de

l'art. 18 de la loi sur les chemins de fer d'intérêt local du 4 juin 1898, modifiée par la loi du 28 mars 1900.

Le Conseil des Ministres fait sien ce rapport et prononce la déchéance du concessionnaire par son journal n° 2323-1929, décision qui fut communiquée au concessionnaire par la Municipalité de Bucarest en l'invitant à refaire à ses frais les lieux en état, notamment à enlever les rails et à paver la rue à l'endroit de l'intersection de la ligne et de la voie publique.

Contre cette décision le concessionnaire intente une action en contentieux.

En droit : Le requérant allègue que la décision du Conseil des Ministres est illégale, vu que ses rapports avec l'Administration sont de nature contractuelle, elle n'avait pas le droit de mettre fin à ce rapport par une décision unilatérale, mais seulement par un commun accord ou bien par l'intervention de la justice (art. 969, 1020 et 1021 C. civ. roum. ; cf. art. 1134 et 1814 C. civ. fr.).

A cet argument le Ministre des Travaux publics oppose un argument tiré du texte même de la loi sur les chemins de fer d'intérêt local, loi qui gouverne le contrat de concession et qui permet à l'Administration de prononcer la déchéance du concessionnaire comme sanction pour les cas, prévus par ladite loi, où le concessionnaire manquerait à ses obligations.

Voici les considérants de l'arrêt :

« Considérant — dit la Cour d'Appel de Bucarest — que la question à examiner est de savoir quelle est la nature juridique du contrat de concession de service public ; si dans l'espèce c'est la loi sur les chemins de fer d'initiative privée ou bien l'acte de concession qui fixe les modalités de la résiliation du contrat et si le Conseil des Ministres avait ou non le droit de révoquer la concession sans s'adresser à la justice.

« Attendu que la concession est un contrat administratif de longue durée qui intervient entre l'autorité publique et un particulier à qui on confie l'exploitation d'un service public, au risque et péril de ce dernier....

« Attendu qu'en l'espèce les règles générales de l'organisation de ce service sont comprises dans l'acte de concession, c'est-à-dire dans la convention conclue entre l'autorité publique et le requérant, convention qui renferme aussi bien des clauses réglementaires que des clauses contractuelles.

« Considérant que les dispositions de la loi sur les chemins de fer d'intérêt local font partie de cet acte de concession, donc les rapports entre les parties sont régies à la fois par l'acte de concession et la dite loi en vertu de laquelle la concession fut accordée.

« Attendu que l'inexécution du dit passage et l'abandon de la concession constituent des manquements de la part du concessionnaire aux obligations concernant l'exploitation du service public, c'est-à-dire des inobservations des clauses réglementaires qui auraient pu fournir une raison de droit à l'autorité administrative pour révoquer par sa volonté unilatérale la concession si toutefois la loi lui avait accordé cette possibilité.

« Attendu, cependant, qu'en l'absence d'une disposition expresse de la loi ou bien de l'acte de concession, l'autorité administrative aurait dû s'adresser, faute des tribunaux administratifs qui existent dans d'autres pays, en France par exemple, aux tribunaux ordinaires, qui, constatant la faute du concessionnaire de n'avoir pas exécuté les clauses réglementaires prononceront l'annulation de la concession.

« Attendu que l'acte de concession ne renferme aucune clause expresse qui permettrait à l'administration de révoquer la concession.

« Qu'il résulte, d'autre part, du texte de ladite loi que le législateur n'a prévu que pour les seuls cas mentionnés dans l'art. 3, le droit de résilier de plein droit la concession, par une décision unilatérale, savoir : si le concessionnaire n'a pas commencé dans deux ans les travaux, s'il n'a pas livré la ligne à la circulation à la date fixée par le contrat et finalement lorsque dans les 5 ans qui suivent la date à laquelle la concession fut accordée la ligne n'a pas été ouverte à l'usage public.

« Attendu que l'art. 18 de ladite loi sur lequel s'est basé la décision du Conseil des Ministres révoquant la concession ne renferme aucun disposition réglementaire concernant l'annulation de la concession pour cas d'abandon de la ligne, mais précise seulement à qui revient la propriété de la ligne après l'abandon.

« Il en résulte, dans ces circonstances, que l'examen et le jugement de l'inobservation de certaines clauses de l'acte de concession, même réglementaires, se référant donc à l'organisation du service public, relève, dans le droit roumain, de la juridiction des tribunaux de droit commun.

« Que, par conséquent, en l'espèce, étant donné que ni l'acte de concession ni la loi sur les concessions de chemin de fer d'intérêt local n'accordent à l'Administration le droit de résilier le contrat par décision unilatérale, le journal du Conseil des ministres doit être considéré comme illégal, le recours étant de ce chef bien fondé et admis ».... etc...

L'arrêt, ci-dessus cité, a le mérite incontestable d'avoir fixé pour la première fois dans la jurisprudence roumaine la nature juridique du contrat de concession, de travaux publics en lui reconnaissant le caractère administratif et spécifiant la nature des deux groupes de clauses qu'il contient (clauses réglementaires et clauses contractuelles). De même la Cour d'Appel reconnaît implicitement le caractère d'acte administratif de la décision portant résiliation de ce contrat. Seulement en jugeant au fond la question, à savoir si l'Administration dispose ou non du droit de résilier par décision unilatérale le contrat de concession, la Cour d'Appel arrive à des conclusions que nous ne pouvons partager.

En effet, il est constaté, dans l'espèce, que le concessionnaire n'a pas exécuté dans le délai prévu un passage prévu dans les plans, ainsi qu'il y était obligé par l'art. 10 de l'acte de concession et de plus qu'il a abandonné la concession, cessant le service public.

En ce qui concerne l'inexécution de l'ouvrage (le passage) il faut reconnaître que l'art. 3 de la loi sur les chemins de fer d'intérêt privé, ainsi qu'il est rédigé, ne pouvait être invoqué pour permettre à l'Administration de prononcer la déchéance du concessionnaire. Le Ministère des Travaux publics aurait pu tout au plus appliquer l'art. 9 de ladite loi qui prévoit la disposition suivante : « Au cas où l'exploitation de la ligne est assurée d'une manière insuffisante mettant en péril la sûreté publique, le Ministère après enquête, pourra arrêter la circulation jusqu'à ce que le concessionnaire exécute les modifications approuvées par l'Administration. »

Par contre, en ce qui concerne l'abandon de la concession, l'art. 18 de la loi citée prévoit d'une manière nette la déchéance du concessionnaire : « Au cas d'abandon d'une ligne par le concessionnaire, ladite ligne tombe (N. B. Nous gardons l'expression du législateur) sans aucune indemnité dans le patrimoine de l'Etat. Dans ce cas-là, l'Etat aura la faculté de racheter le matériel roulant. »

Cette disposition prévoit sans aucun doute la déchéance du concessionnaire et ses conséquences : l'appropriation par l'Etat de la ligne abandonnée.

Nous avons vu que la déchéance ne doit être confondue ni avec la résiliation proprement dite ni avec le rachat (v. *supra*). La déchéance — aussi bien que le rachat — appartient souverainement à la nature juridique de la concession. Seulement le législateur roumain s'est montré d'une rigueur excessive alors qu'il prévoit comme sanction de la déchéance la saisie par l'Etat des dépendances mobilières du concessionnaire, sans aucune indemnité, sauf le rachat du matériel roulant. Le législateur français est plus clément envers le concessionnaire déchu : L'art. 7 de la loi du 11 juin 1880, modifiée par la loi du 31 juillet 1913 (art. 30) prévoit la disposition suivante : « Le cahier des charges déterminera : ...3° Les cas dans lesquels l'inexécution des conditions de la concession peut entraîner la déchéance du concessionnaire ainsi que les mesures à prendre à l'égard du concessionnaire déchu. La déchéance est prononcée dans tous les cas par le Ministre des Travaux publics, sauf recours au Conseil d'Etat statuant au contentieux. » Le cahier des charges du 6 avril 1881 dans ses art. 38 et 39 règle minutieusement les conséquences de la déchéance. Comme nous l'avons vu dans un chapitre précédent, d'après les dispositions du cahier des charges, les travaux exécutés et les matériaux approvisionnés par le concessionnaire seront mis à prix et adjugés, le concessionnaire ayant le droit au prix résultant de l'adjudication. Il n'est obligé de céder gratuitement les dépendances immobilières de la concession et les matériaux approvisionnés que si deux adjudications successives n'ont donné aucun résultat. C'est seulement alors que le concessionnaire est déchu de tous ses droits, les ouvrages exécutés et les matériaux approvisionnés restant acquis par l'Etat (v. Christophle, II, n° 1880).

La Cour d'Appel de Bucarest a donné une toute autre interprétation à l'art. 18 de la loi du 28 mars 1900. Quoiqu'elle reconnaisse à la concession le caractère d'un contrat administratif, conclu par l'Administration pour assurer le fonctionnement d'un service public, elle ne tire pas de ce fait les conséquences que la nature de ce contrat imposerait. Le droit de l'Administration non seulement d'organiser et de modifier les règles du fonctionnement régulier et continu du service public concédé mais aussi le droit d'appliquer des sanctions dans le cas où le concessionnaire n'assure-

rait pas d'une manière satisfaisante ou n'assurerait pas du tout le service public."

D'après la conception de la Cour d'Appel l'administration ne dispose pas d'autre moyen envers un concessionnaire en faute que d'aller devant les tribunaux judiciaires et de demander, comme un simple particulier la résiliation du contrat. Voilà un exemple très net de la conception civiliste qui domine notre matière dans le droit roumain.

La considération de l'arrêt : « Attendu que l'acte de concession ne renferme aucune clause expresse qui permettrait à l'Administration de révoquer la concession » n'est nullement à propos car bien au contraire, il aurait fallu démontrer que les parties ont dérogé par une disposition expresse ou par une clause compromissaire à la disposition de l'art. 18 de ladite loi qui permet à l'administration de prononcer la déchéance du concessionnaire.

En effet l'art. 25 de la loi prévoit que le contrat de concession fixera « les conditions et les formalités d'après lesquelles le contrat sera résilié pour cause d'inexécution par le concessionnaire de ses obligations », c'est donc la possibilité pour les parties de déroger aux règles fixées par les art. 3 et 18 concernant la déchéance du concessionnaire. Cette disposition de l'art. 25 doit être rattachée à l'art. 28 qui dit ceci : « Pour le jugement des litiges auxquels l'exécution du contrat de concession pourrait donner lieu, les parties peuvent aller devant les arbitres. » La preuve de la corrélation entre les art. 25 et 28 de la loi du 28 mars 1900 est fourni par la loi du 28 mars 1926 qui en modifiant la loi précédente a éliminé à la fois les deux dispositions renfermées dans ces deux articles. Elles ne réapparaîtront, que dans la loi du 9 janvier 1930 (v. supra) qui organise d'une manière générale le régime des concessions en Roumanie.

Pour conclure, nous considérons la résiliation administrative de la concession (la déchéance) comme étant de la nature juridique de la concession et à ce titre consacrée par la loi des chemins de fer d'intérêt local. Seulement le législateur de 1930 prévoit la faculté pour les parties de déroger à cette règle, par une clause compromissaire insérée dans le contrat.

CONCLUSIONS

Nous croyons pouvoir dégager de notre étude les conclusions suivantes :

Le contentieux des travaux publics en Roumanie doit être considéré à l'heure actuelle comme administratif. Il renferme non seulement le contentieux des actes administratifs intervenant ou pouvant intervenir dans les opérations des travaux publics (la déclaration d'utilité publique, l'approbation d'une adjudication d'un marché de travaux publics, etc.) mais aussi celui de l'interprétation et de l'exécution des contrats d'entreprise ou concession de travaux publics.

Nous avons vu en effet que la jurisprudence de la Cour de Cassation siégeant au contentieux administratif (3^e Chambre) a finalement admis la théorie des *contrats administratifs*, c'est-à-dire des contrats passés par l'Administration en sa qualité de puissance publique en vue de pourvoir aux nécessités publiques, et attribué au contentieux administratif le jugement des litiges intervenant lors de l'exécution et de l'interprétation de ces contrats et des cahiers des charges qui les accompagnent.

La Cour de Cassation Roumaine est arrivée à cette jurisprudence par une juste interprétation de l'art. 1^{er} de la loi du 23 décembre 1925 en créant une catégorie intermédiaire des actes administratifs qui par leur nature, tiennent à la fois aux actes administratifs d'autorité et de gestion. Ces actes administratifs *mixtes* (les contrats administratifs) sont des manifestations de puissance publique greffées sur un contrat. Ainsi, dans l'état actuel de la jurisprudence roumaine, seuls les actes de gestion privée échappent au contentieux administratif. On voit donc que la jurisprudence administrative roumaine est revenue à la distinction établie par Laferrière dans son traité célèbre sur la juridiction administrative, entre

les actes de la gestion privée et publique, ces derniers relevant souverainement du contentieux administratif.

Cependant nous ne saurions nous réjouir de ce premier résultat : l'élargissement du domaine du contentieux administratif roumain à toutes les questions qui contiennent une manifestation de puissance publique, questions qui ne peuvent être tranchées que par la juridiction administrative.

On a beau considérer le contentieux des travaux publics, autre que celui des dommages, comme administratif ; dans la pratique c'est l'arbitrage qui le domine. Nous ne reproduirons pas ici les nombreux griefs que nous avons formulés au sujet de l'arbitrage en matière de travaux publics qui est contraire aux principes de droit public. Retenons seulement un de ses plus grands défauts, celui de ne pas permettre l'établissement d'une jurisprudence constante et d'une valeur juridique incontestable. Or, la jurisprudence est une des principales sources du droit administratif : « Le rôle de la jurisprudence en droit administratif est capital — disait M. Achille Mestre dans une conférence tenue à la Faculté de Droit d'Oradea (Roumanie), le 7 novembre 1933 — il consiste non seulement à appliquer les lois, mais encore à dégager de leur esprit général les solutions que commandent les nécessités de la pratique, les exigences de l'équité et les principes généraux du droit. »

C'est pourquoi les ouvrages de droit administratif français abondent en renvois à la jurisprudence. Déjà les anciens auteurs de droit administratif français attribuaient une importance essentielle à la jurisprudence du Conseil d'Etat dans la création du droit administratif : « On ne s'étonnera pas — dit Alfred Gautier — de la part assez grande que j'ai cru devoir faire aux citations de la jurisprudence. Vouloir exposer un sujet de droit administratif sans tenir compte des arrêts du Conseil d'Etat serait aussi peu convenable que d'exposer le droit romain sans tenir compte des innovations prétorienne. En présence des textes multiples qui se sont accumulés souvent au sujet de la même matière, la jurisprudence a été comme le ciment qui a permis de réunir l'une à l'autre les pierres de l'édifice. »

Comment expliquer le si grand rôle de la jurisprudence administrative ? C'est que les règles de droit commun ne peuvent être appliquées telles quelles, dans le droit administratif.

Nous parlons de cette branche du droit administratif qui renferme les matières administratives ayant un rapport direct avec le droit

civil (Contrats et quasi-contrats administratifs, responsabilité de l'Etat et d'autres personnes morales de droit public, etc.). Dans ces matières, il est impossible d'appliquer les articles respectifs du droit civil. Le Code civil ne régit que les rapports entre les personnes de droit privé. D'autre part, les lois administratives ont le même sort que le Code civil. Elles doivent être interprétées par la jurisprudence administrative qui corrige leurs lacunes et dégage les principes généraux qui les ont inspirées. Mais lorsque les lois administratives ne peuvent donner une solution aux litiges, on est obligé de faire appel au droit commun. Seulement la jurisprudence administrative n'adopte pas les règles de droit commun sans les adapter aux buts administratifs. De plus : « Le Conseil d'Etat rencontrant des théories juridiques aux contours très arrêtés et dont l'application au droit administratif demanderait une mise au point délicate, a préféré remonter aux principes qui les commandent... et appliquer directement les principes eux-mêmes que les théories dérivées. » (Achille Mestre : *La gestion d'affaires*, 1913, p. 278. Sur le rôle des principes dans l'élaboration du droit, M. Mestre cite : Saleilles, *Revue internationale de l'Enseignement*, 1890, I. p. 496 ; F. Gény : *Méthode d'interprétation*, p. 168 ; Adde : F. Gény : *Science et technique*, 1914, t. I^{er}, p. 10, note 1, p. 27, note 1).

Ainsi, comme nous l'avons montré dans notre exposé, le Conseil d'Etat a construit une théorie des contrats administratifs qui permet à l'Administration d'intervenir par voie unilatérale pour modifier les clauses d'un contrat de concession et les adapter aux nécessités nouvelles des services publics, ou bien d'appliquer la théorie de l'imprévision, en accordant aux concessionnaires de nouvelles conditions lorsque des circonstances économiques imprévues ont bouleversé les conditions financières du contrat, rendant extrêmement onéreuse l'obligation du concessionnaire d'assurer le fonctionnement régulier du service public. De même, le Conseil d'Etat a créé une théorie administrative de la gestion d'affaire, une théorie de la responsabilité, théories qui s'inspirent des principes du droit commun, mais qui diffèrent sensiblement de celles du droit civil.

On voit donc la grande importance de la jurisprudence administrative dans la création du droit administratif (287). Or la juris-

(287) La création la plus originale de la jurisprudence du Conseil d'Etat considérée à juste titre comme « une des plus admirables créations du droit moderne » (Henri Velge, *op. cit.*, p. 296) est, sans doute, le recours pour excès de pouvoir,

prudence arbitrale ne contribue en rien à la création du droit administratif : 1.^o d'abord parce qu'elle est ignorée ; les arrêts des arbitres ne sont pas publiés dans les recueils officiels de la Cour de Cassation ou des Cours d'Appel. On ne les connaît que par de pénibles recherches ; 2.^o elle ne présente, du point de vue d'une œuvre systématique, aucune conception d'ensemble. Les arbitres ayant la possibilité de déroger à toute règle de droit et de procédure, les décisions qu'ils rendent ont un caractère plutôt transactionnel qui ne permet pas de dégager les principes du droit ; 3.^o les arbitres sont souvent des personnes peu versées dans les questions de droit en général et en particulier dans celles de droit public. Il en résulte qu'ils n'ont pas l'autorité suffisante pour élever l'ensemble des décisions arbitrales au rang d'une source de droit. Ainsi ni les Cours de justice dans leur jurisprudence parallèle — statuant sur des espèces analogues — ni même les arbitres ne tiendront compte de la jurisprudence arbitrale ; 4.^o enfin les décisions arbitrales n'étant soumises à aucune voie d'appel ou de recours, la jurisprudence arbitrale n'est pas comparable à la jurisprudence judiciaire ou administrative placée sous le contrôle d'une Haute Cour de Justice, régulatrice de la jurisprudence qui lui assure continuité et fixité et évite la contrariété de jugements.

Par conséquent l'arbitrage soustrait au droit administratif la plus grande partie de cette matière première si précieuse qui, transformée par la jurisprudence, constitue la principale source du droit administratif. Il accapare les litiges administratifs et ne donne rien en échange au droit administratif.

D'autre part, nous avons vu que la jurisprudence administrative de la Cour de Cassation roumaine n'est, dans notre matière, que d'une date très récente. Les peu nombreuses espèces jugées ne nous permettent pas encore de tirer d'autres conclusions que la constatation de son état d'évolution. Réussira-t-elle à faire du contentieux des travaux publics une branche indépendante du droit administratif comme il en est en France ? Se débarrassera-t-elle d'une certaine conception civiliste qui la domine encore ? Nous ne pouvons répondre à ces questions. Remarquons seulement que l'organisation actuelle du contentieux administratif confié aux

¹ entièrement fait par la jurisprudence, ainsi que les théories dérivées, comme par exemple les actes de gouvernement, etc.

Cours d'Appel et à la Cour de Cassation ne nous permet pas de nourrir trop d'espoir à cet égard.

Malgré que la doctrine administrative roumaine constate déjà l'indépendance du droit administratif du droit commun (288), il est à craindre que l'organisation actuelle du contentieux administratif confié aux tribunaux judiciaires ne puisse pas garantir cette indépendance.

Il est en effet presque impossible de demander aux magistrats des Cours d'Appel siégeant au contentieux administratif d'être familiarisés avec les problèmes administratifs si vastes et d'une nature si complexe.

On constate aujourd'hui partout l'insuffisance des tribunaux judiciaires pour assurer la justice administrative. C'est pourquoi les regards du monde juridique sont, à l'heure actuelle, fixés sur le droit administratif français. Ce droit dont le génie juridique français a enrichi, à moins d'un siècle d'intervalle du Code Napoléon, le patrimoine de la science du droit, constitue une œuvre grandiose qui est et sans doute sera de plus en plus une source de caractère aussi universel que le Code civil.

Il est intéressant de remarquer comment Dicey, qui fut un des plus grands adversaires du droit administratif français a été finalement converti par les auteurs français (v. James W. Garner : *La conception anglo-américaine du droit administratif*, Mélanges Hau-riou, Sirey, 1929).

On trouve aujourd'hui dans la doctrine anglaise des auteurs qui adressent de vives critiques au système de contentieux administratif — si on peut l'appeler ainsi — qui existe dans leur pays. Ainsi par exemple la procédure du « *mandamus* » devant la Cour du Banc du Roi a été sujette à de véhémentes critiques de la part de certains auteurs de grande réputation (notamment Blackstone, et C. K. Allen, cités par Paul Baratier : *Régime administratif dans le droit anglais*, R. D. P. 1931, p. 670).

D'autres envisagent courageusement la création de la juridiction administrative (v. Prof. Laski : *Harvard Law Review*, 1919,

(288) ...« Toutes ces considérations me font affirmer que le droit administratif est aujourd'hui parvenu à sa maturité, ce qui le libère de toute intervention tutélaire de la part du droit civil. Ce dernier peut certainement servir encore comme élément de comparaison, mais, en aucun cas comme point d'appui » (v. Anibal Teoderesco : *L'emploi par analogie des règles de droit commun dans le droit administratif*, *Revista de Dr. Publ.* 1929, pp. 428-437).

t. XXXII ; Dr. F. J. Port : Adm. Law, cités par Paul Baratier, *loc. cit.*). De plus le Parlement fut contraint d'attribuer la compétence en matières administratives à certains organes administratifs (bureaux ou commissions) chargés des attributions quasi judiciaires, comme par exemple : les National Insurance Commissionners, Education Commission, Board of Trade, Local Government Board, Ministry of Health, etc. (v. James W. Garner, *op. cit.*, p. 351). Aux Etats-Unis d'Amérique on a créé déjà en 1855 un tribunal administratif, la Court of Claims, chargé d'examiner les réclamations basées sur une loi ou contrat et dirigées, contre le gouvernement (v. Frank J. Goodnow : *Les principes de dr. adm. des Etats-Unis*, traduit par MM. A. et G. Jèze, 1907). En Belgique de nombreux auteurs de droit administratif et des hommes d'Etat ont agité depuis très longtemps la question de la création d'un Conseil d'Etat ayant des attributions non seulement de Conseil législatif mais aussi de contentieux administratif (v. Van Zuylen : De la création d'un Conseil d'Etat. *Belgique Judiciaire*, 1880, p. 162 ; Anthéunis : De la création d'un Conseil d'Etat en Belgique, *B. J.* 1868 ; Ed. Picard : Introduction au t. VI des Pandectes Belges, 1881, cités par Gaston Roubion : *La séparation des pouvoirs adm. et jud. en Belgique*, thèse Paris 1905 ; v. encore le remarquable ouvrage de M. Henry Velge, Prof. à la Fac. de Dr. de Louvain : *L'institution d'un Conseil d'Etat en Belgique*, et les auteurs y cités, Louvain, 1930, etc.). Or même dans ce pays qui a été et est toujours réfractaire à un système de contentieux administratif, l'autorité administrative dispose dans certains cas d'attributions contentieuses. Ainsi par exemple les députations permanentes des conseils provinciaux (juridiction correspondant aux Conseils de préfectures français), les collèges de bourgmestres et d'échevins, les Ministres, etc., connaîtront toute une série d'actes où les intérêts publics sont engagés. Ainsi par exemple les divers actes qui se rapportent à l'organisation et au fonctionnement des services publics ne sont pas du ressort des tribunaux judiciaires mais des collèges administratifs (Bruxelles, 26 juillet 1875, *B. J.* 1876, p. 1 ; Cass., 19 juillet 1877, *B. J.* 1877, p. 1030, cités par G. Roubion, *ibidem*). Cependant les auteurs belges ne sont pas satisfaits de ce système de contentieux administratif confié à l'administration active. La doctrine critique, en majorité et vivement, l'attribution juridictionnelle des collèges administratifs qui sont une émanation directe ou indirecte du corps électoral, et ne peu-

vent par conséquent se soustraire aux influences et aux passions politiques (v. H. Velge, *op. cit.*, p. 187). C'est pourquoi on sou-
tient avec tant d'ardeur l'idée de la création d'un Conseil d'Etat.

On constate donc que la création des tribunaux administratifs préoccupe d'une manière constante les juristes des pays dont l'organisation administrative judiciaire a inspiré pendant longtemps le législateur roumain.

Celui-ci, en créant par la loi du 3 août 1929 les tribunaux administratifs (Comités de Révision), s'approche sensiblement des postulats du droit administratif, cette branche de la science juridique qui apprend à ceux qui gouvernent à gouverner sagement, en concentrant tous leurs efforts et tout leur pouvoir sur la satisfaction des intérêts collectifs, — et donne aux citoyens la conscience de leur droits et devoirs, en leur assurant, dans leurs relations avec la puissance publique, la sécurité, la justice et l'équité.

Vu : *Le Doyen,*

EDGARD ALLIX.

Vu : *Le Président de la Thèse,*

ACHILLE MESTRE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

S. CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE (1)

- ALIBERT (Raphaël) : *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*. Paris, 1926.
- APPLETON (Jean) : *Traité élémentaire du contentieux administratif*. Paris, 1927.
- AUCOC (Léon) : *Conférences sur l'Administration et le Droit administratif, faites à l'Ecole Supérieure des Ponts et Chaussées*. 3 volumes, Paris, 1885.
- BAROZZI (Ioan C.) : *Repertoriu general de Jurisprudenta a Inaltei Curti de Casatie*. 5 volumes, 1862-1907, Bucuresti, 1908.
- BARRY (Charles) publié par TEXIER (Albert) : *Commentaire des clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs des travaux publics des Ponts et Chaussées*. 17^e éd., 1931.
- BARTHÉLEMY (Joseph) et DUEZ (Paul) : *Traité élémentaire de Droit constitutionnel*. Nouvelle édition, Paris, 1933.
- BÉQUET : *Répertoire de Droit administratif*, t. XXV. V^o Travaux publics.
- BERTHELÉMY (Henry) : *Traité élémentaire de Droit administratif*. 13^e éd., 1933.
- BOERESCO (B.) : *Codicele Române sau Colectiune de toate legile României*. Bucuresti, 1871.
- BORS (Al. I.) : *Jurisprudenta Curtii de Casatie*.
- BUJOREANO (I. M.) : *Codul communal*. Bucuresti, 1871.
- CAMBREDON (E.) : *Organisation des services de travaux publics en France*. Paris, 1896.
- CAPITANT (René) : *La double notion de travail public*. Paris, 1929.
Extrait de la R. D .P., 1929.
- CHARDON (Henri) : *Les travaux publics*. Paris, 1904.

(1) Ne figurent dans cette bibliographie que les ouvrages que nous avons utilisés d'une façon courante.

- CHRISTOPHLE (Albert) : *Traité théorique et pratique des travaux publics*. 2 volumes, 2^e éd. revue par AUGER (Paul), Paris, 1889-1890.
- COLIN (Aimbroise) et CAPITANT (Henri) : *Cours élémentaire de Droit civil français*, t. II, 5^e éd.
- COT (Pierre) et MARIZIS (Jean) : *Manuel juridique des travaux publics*. Paris, 1925.
- COURCELLE (L.) et DEBAUVE (A.) : *Traité administratif des travaux publics*. Paris, 2 volumes, 1927.
- GRUTZESCO (Alfred) et VANTU (J. C.) : *Tratat de expropriere pentru cauza de utilitate publica*. Bucuresti, 1931.
- DARESTE (F. R.) et DARESTE (P.) : *Les constitutions modernes*. 4^e éd., 1929, par DELPECH (Joseph) et LAFERRIÈRE (Julien), t. II, pp. 351 et suiv : *Roumanie*.
- DENIZE (E.) : *Repertoriul legilor*. 1293-1929.
- ENOÛ (Louis) : *Traité théorique et pratique de Droit administratif*, t. I^{er} : *Les travaux publics*. Paris, 1903.
- FERRUS (Marcel) : *Le comité consultatif de règlement amiable des entreprises de travaux publics et des marchés de fournitures*. Thèse. Paris, 1914.
- GAUTIER (Alfred) : *Précis des matières administratives*, t. I-II, 1879.
- HAMANGIU (C.), HUTSCHNEKER (R.) et JULIU (George) : *Recursul in Casatie si Contenciosul administrativ*. Bucuresti, 1930.
- HAMANGIU (C.), ROSETTI-BALANESCO (J.) et BAICOIANO (Al.) : *Tratat de drept civil român*. Bucuresti. 1928.
- HAMANGIU (C.) : *Codex Romaniae*. 1926.
- HAURIOU (Maurice) : *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits*, publiées au Recueil Sirey de 1892-1928, réunies et classées par HAURIOU (André). Paris, 1929, 3 volumes.
- HAURIOU (André) publie HAURIOU (Maurice) : *Précis de Droit administratif*. 12^e éd.
- JACQUELIN (René) : *Les principes dominants du contentieux administratif*. Paris, 1899.
- JÈZE (Gaston) : *Les contrats administratifs de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics*. Paris, 1927-1932, 2 volumes.
- JÈZE (Gaston) : *Principes généraux de Droit administratif*. 3^e éd., t. III,

- LAFERRIÈRE (Edouard) : *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. Paris, 1887-1888, 2 volumes, 2^e éd., 1896.
- MANESCO (Const. C.) : *Istoricul C. F. R.*, 1906, 2 volumes.
- MAINESCO (Petre Alex.) et STOENESCO (Dem. D.) : *Legea de expropriere pentru cauza de utilitate publica*. 1927.
- MESTRE (Achille) : *La jurisprudence de la houille blanche*. Paris, 1929.
- MESTRE (Achille) : *Gestion d'affaire et enrichissement sans cause en Droit administratif*. Recueil de l'Académie de législation de Toulouse. 2^e série, t. IX, 1913.
- MESTRE (Achille) : *Cours de droit administratif (doctorat) professés à la Faculté de Droit de Paris*. Années : 1928-29 : *Le contentieux des travaux publics* : 1931-32 : *Matières administratives*.
- MONTMERLE (J.) : *Situation juridique de l'entrepreneur de travaux publics soumis au cahier des clauses et conditions générales de l'Administration des Ponts et Chaussées*. Thèse. Paris, 1931.
- NEGULESCO (Paul) : *Tratat de drept administrativ*. Bucurest, 1925 (t. I^{er}, 3^e éd.), 1930 (t. II, 3^e éd.).
- NEGULESCO (Paul) : *Tratat de drept administrativ*. Bucuresti, 1925 de Droit Public, 1926, p. 179.
- NEGULESCO (Paul), BOILA (Romul) et ALEXIANO (Gheorghe) : *Codul administrativ adnotat*. Bucuresti, 1930.
- ONISOR (Victor) : *Tratat de drept administrativ român*. 2^e éd. Bucuresti, 1930.
- PARJOLESKO (Paul) : *Repertoriu legislativ*, 1916-1924.
- PAYEN (Fernand) : *Des concessions de chemins de fer d'intérêt local et de tramways*. Paris, 1907.
- PETRESKO (George A.) : *Evolutiunea jurisprudentiata a contenciosului administrativ român*. 1932.
- PORÉE (Henry) et COUËNOT (Henri) : *Des entreprises des travaux publics*. Paris, 1901.
- RARINCESCO (Const. G.) : *Contenciosul administrativ român*. Bucuresti, 1926.
- RARINCESCO (Const. G.) : *Principes généraux du contentieux administratif roumain* (publié dans la collection « La vie juridique des Peuples », sous la direction de MM. H. Lévy-

- Ullmann et B. Mirkine-Guetzévitch, 4. IV, Roumanie, pp. 146 et suiv.).
- REDEUILH (Henri) : *Nature juridique de la concession de service public*. Thèse. Bordeaux, 1925.
- RIEU (Edmond) : *De la nature juridique des concessions de travaux publics*. Thèse. Paris, 1923.
- ROGEZ (Zéphirin) : *L'acte administratif de puissance publique*. Thèse. Paris, 1906.
- ROLLAND (Louis) : *Précis de droit administratif*.
- ROUVIÈRE (Jean) : *Les contrats administratifs*. Paris, 1930.
- TEODORESCO (Anibal) : *Tratat de drept administrativ*, 3^e éd., 1929.
- VERMEULEN (Jean H.) : *Regimul juridic al apelor în România*. Bucuresti, 1927.
- VERMEULEN (Jean H.) : *Contractul de concesiune de serviciu public*. 1930.

RECUEILS DE JURISPRUDENCE :

- DALLOZ : *Recueil périodique et critique de jurisprudence, etc.* (cité : D. P.).
- LEBON : *Recueil des arrêts du Conseil d'Etat* (Lebon).
- SIREY : *Recueil général des lois et arrêts* (S).
- Buletinul Curtii de Casatie* (B. C.).
- Buletinul Curtilor de Apel* (B. C. A.).
- Curentul Juridic* (Curentul J.).
- Curierul Judiciar* (C. J.).
- Dreptul* (D.).
- Jurisprudenta Generala* (J. G.).
- Jurisprudenta Româna* (J. R.).
- Pandectele Române* (P. R.).
- Pandectele Saptamânale* (P. S.).

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS	7
INTRODUCTION. — APERÇU HISTORIQUE SUR LES TRAVAUX PUBLICS EN ROUMANIE ET SUR LEUR ÉVOLUTION LÉGISLATIVE.	16
CHAPITRE PREMIER. — L'EPOQUE ROMAINE	16
CHAPITRE II. — L'EPOQUE DES PRINCIPAUTES ROUMAINEs.	19
CHAPITRE III. — L'EPOQUE DE LA ROUMANIE CONTEMPORAINE	20
1. Ponts et Chaussées	21
2. Travaux publics fluviaux et maritimes	25
A) Travaux exécutés par l'Etat	25
B) Les travaux de la Commission Européenne du Danube	28
C) Travaux faits pour l'amélioration de la navigation sur le Pruth	31
3. Postes	32
4. Chemins de fer	34
5. Conduits de pétrole (pipe-lines)	40
6. Télégraphe-téléphone	41
7. Dessèchement des marais et endiguement des terrains inondables du Danube	43
8. Bâtiments publics, monuments, églises et leur restauration	45
9. Travaux d'urbanisme	46

10. Aménagements des chutes d'eau, l'énergie hydro-électrique	50
11. Electrification des chemins de fer	53
12. T. S. F., Radiodiffusion	53
13. Travaux publics exécutés par le génie militaire	54
14. Aménagement des terrains dégradés par la guerre de 1916-18	54

PREMIÈRE PARTIE

THÉORIE GÉNÉRALE DES TRAVAUX PUBLICS

CHAPITRE PREMIER. — LA DÉFINITION DES TRAVAUX PUBLICS	55
CHAPITRE II. — EXAMEN DES 4 ÉLÉMENTS COMPOSANT LA DÉFINITION DES TRAVAUX PUBLICS : A) TRAVAIL ; B) SUR UN IMMEUBLE ; C) FAIT PAR UNE PERSONNE ADMINISTRATIVE OU POUR SON COMPTE ; D) EN BUT D'UTILITÉ GÉNÉRALE	72
1. Le travail	72
2. Le caractère immobilier du travail public....	78
3. Les travaux publics sont exécutés par l'Administration ou pour son compte	80
4. La notion d'utilité publique à laquelle les travaux correspondent	97
CHAPITRE III. — DE LA COMPÉTENCE EN MATIÈRE DE TRAVAUX PUBLICS	110
TITRE PREMIER. — <i>Les instances du contentieux de travaux publics en France</i>	110
TITRE II. — <i>De l'arbitrage en matière de travaux publics</i>	118
TITRE III. — <i>Le contentieux des travaux publics en Roumanie</i>	127
TITRE IV. — <i>Critique de l'arbitrage en matière de travaux publics</i>	170

SECONDE PARTIE

LES OPERATIONS DE TRAVAUX PUBLICS
ET LEUR CONTENTIEUX

CHAPITRE PREMIER. — LES OPÉRATIONS PRÉLIMINAIRES....	195
1. L'étude des projets	195
2. L'enquête	197
3. L'approbation des projets. La déclaration d'utilité publique	198
CHAPITRE II. — L'EXÉCUTION DES TRAVAUX PUBLICS.....	201
Les différents modes d'exécution des travaux publics.	201
§ 1 ^{er} . La régie	201
§ 2. L'entreprise	211
a) L'adjudication des travaux	212
b) Le contentieux de l'adjudication	217
c) Les diverses formes du marché	224
d) L'exécution du contrat d'entreprise	226
Les obligations de l'entrepreneur	227
e) Les sanctions de l'inexécution des clauses du contrat	238
1. Les amendes	238
2. La mise en régie	239
3. La résiliation du contrat d'entreprise....	241
A) La résiliation de droit commun	241
B) La résiliation de droit administratif.	242
4. Les conséquences de la résiliation	244
f) Les risques de l'entreprise	247
g) La responsabilité décennale des entrepreneurs	249
h) De la compétence en matière de marchés de travaux publics	251

1. En France	251
2. En Roumanie	254
§ 3. La concession	257
a) La nature juridique du contrat de concession	257
b) La situation juridique et les obligations du concessionnaire de travaux publics à l'égard de l'Administration	262
Les obligations générales du concessionnaire	263
Les sanctions de l'inexécution de ces obligations	265
c) Les concessions de travaux publics dans le droit roumain	268
1. Législation	268
2. Doctrine	273
3. Jurisprudence	276
CONCLUSIONS	289
BIBLIOGRAPHIE	297
TABLE DES MATIÈRES	301

